



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

Regina Luisi Simões Antunes de Moura Andrade

**A (IN)SUSTENTABILIDADE DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO PELO
COMBATE AO LAWFARE.**

Brasília - DF

2018

REGINA LUISI SIMÕES ANTUNES DE MOURA ANDRADE

**A (IN)SUSTENTABILIDADE DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO PELO
COMBATE AO LAWFARE**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientadora: Juliana Araújo Lopes

Brasília, 2018.

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB

FACULDADE DE DIREITO - FD

REGINA LUISI SIMÕES ANTUNES DE MOURA ANDRADE

**A (IN)SUSTENTABILIDADE DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO PELO
COMBATE AO LAWFARE**

Monografia avaliada como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharela em Direito pela
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília pela
seguinte banca examinadora:

Juliana Araújo Lopes

Orientadora

Débora Letícia Torres da Silva

Examinadora

Larissa Rodrigues Pettengill

Examinadora

Brasília – DF, 02 de julho de 2018.

A Regina e Pedro, por ensinarem sobre (com e por) amor antes de todas as coisas.

AGRADECIMENTOS

Desde muito nova sempre tive o hábito de agradecer tudo que acontece em minha vida. Sou exageradamente grata ao universo por ter me permitido realizar tantos sonhos até aqui e por ter me concedido tantos privilégios nessa caminhada. Agradeço primeiramente por ter me colocado em uma família nuclear que me cerca de amor desde que nasci, obrigada Mãe e Pedro. Sou grata inclusive pelos inconvenientes que apareceram no decorrer do caminho, visto que a vontade de ultrapassá-los também contribuiu para moldar o que sou hoje.

É preciso agradecer ainda a outras tantas pessoas que passaram pelo meu caminho, deixando e levando tanto consigo ou simplesmente ficando para construir parte desta história. Agradeço à minha orientadora, desde sempre, tudo que passamos. Agradeço a parceria dos meus colegas de turma, o amor e conselhos do meu bonde, aqueles e aquelas que fundaram o projeto Veredicto - Simulação Jurídica, Pesquisa e Extensão e perseveraram juntos para que hoje o "Verê" fosse um dos maiores projetos da Universidade de Brasília, agradeço a quem esteve desde o início na construção da nossa atlética, Olímpia, que tanta diferença fez e faz no desporto universitário e agradeço a rede de mulheres que me apoiou e acolheu em tantos momentos de angústia desse caminho. Agradeço à Mariana e Heloísa especialmente por dividirem além de teto, muito afeto e companheirismo nessa empreitada e também à Lane, Letícia Goulart, Leandro Costa, Giovana Araújo e Danillo Arraes pelas risadas e suporte a todo tempo. Por fim, agradeço a todos e todas que formam à equipe do escritório Almeida Castro & Advogados Associados, sem os quais essa monografia não teria saído e minha trajetória não seria a mesma.

Espero que este seja o início de uma jornada que se enriquecerá muito, com trocas e somas, dessas e de diversos outros seres que compartilhem dessa existência.

RESUMO

O foro por prerrogativa de função é garantia constitucional que carrega consigo diversas controvérsias desde sua criação. Apesar de comumente reconhecido como instrumento contra arbitrariedade de juízos parciais dominados por paixões políticas, na prática tornou-se evidente que o instituto pode não cumprir a funcionalidade esperada, dificultando a entrega da prestação jurisdicional. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal alterou sua jurisprudência para restringir o alcance da prerrogativa, mantendo a imparcialidade das cortes superiores nos julgamentos de agente executores de crimes cometidos no cargo e em razão deste, contudo extinguindo a discriminação destes em razão de crimes comuns. O presente trabalho busca verificar se as justificativas para a decisão na Questão de Ordem da Ação Penal 937 se sustentam e, mais especificamente, se a imparcialidade está realmente assegurada frente a acusações de julgamentos políticos.

Palavras-chave: Foro por prerrogativa de função, *lawfare*, imparcialidade, AP 937.

ABSTRACT

The jurisdiction by prerogative of function is a constitutional guarantee that carries with it several controversies since its inception. Although commonly recognized as an instrument against arbitrariness of judgments dominated by political passions, it has in practice become clear that the institute may not fulfill the expected functionality, making it difficult to deliver the due process of Law. Thus, the Federal Supreme Court review its jurisprudence to restrict the scope of the prerogative, maintaining the impartiality of the superior courts in the prosecution of perpetrators of crimes committed *in officio* and *propter officium*, however extinguishing the discrimination in cases of other crimes. The present work seeks to verify if the reasons for the decision in the Question of Order of Penal Action n° 937 really can be maintain in practice and, more specifically, if the impartiality is actually assured against accusations of political judgments.

Keywords: jurisdiction by prerogative of function, *lawfare*, impartiality, AP 937.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art. – Artigo

AP - Ação Penal

CF – Constituição Federal de 1988

CPP – Código de Processo Penal

DJ – Diário de Justiça

DJe – Diário de Justiça Eletrônico

HC – *Habeas Corpus*

INQ. – Inquérito

MIN. – Ministro

MPF – Ministério Público Federal

MPU - Ministério Público da União

MS - Mandado de Segurança

PF – Polícia Federal

PGR – Procuradoria-Geral da República

QO – Questão de Ordem

RHC – Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*

RCL - Reclamação

REL. - Relator

RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STM - Superior Tribunal Militar

TCU – Tribunal de Contas da União

TJDFT - Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

TJGO – Tribunal de Justiça de Goiás

TRE - Tribunal Regional Eleitoral

TRF - Tribunal Regional Federal

TRT - Tribunal Regional do Trabalho

TSE - Tribunal Superior Eleitoral

TST - Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
METODOLOGIA	5
O INSTITUTO DO FORO PRIVATIVO	7
1.1 Conceituação e extensão	7
1.2. Contextualização	14
1.3. Cenário Atual.....	20
1.1.1 Questão de Ordem na Ação Penal nº 937.....	20
LAWFARE: CONCEITO E APLICAÇÕES.....	28
2.1. O conceito e suas controvérsias	30
2.2. Representação na mídia brasileira.....	34
2.3. Aplicação no cenário jurídico-político atual.	38
ATUAÇÃO JUDICIAL: responsabilidade política, imparcialidade jurídica, foro privilegiado e lawfare.....	42
3.1 Responsabilização política e responsabilização penal.....	43
3.2 Criminalização da política e Politização do Judiciário como consequência da confusão político-jurídica introduzida pelo <i>lawfare</i>	46
3.3 A crença no rigor e na imparcialidade da atuação jurídica como óbice à confusão entre política e direito 51	
3.4 A postura do Supremo Tribunal Federal no julgamento de escândalos político-criminais.....	55
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	59
REFERÊNCIAS.....	63

INTRODUÇÃO

Início o presente trabalho a partir de inquietações e curiosidades desenvolvidas principalmente em decorrência dos primeiros passos dados na vida profissional. Início firme na crença de que, na maioria das vezes, atrás das cortinas é que correm as ideias mirabolantes capazes de desafiar e reformular certezas petrificadas e empoeiradas.

Explico-me: começo a escrita ciente de que aqui pretendo alcançar objetivo deveras audacioso, tanto pela abordagem crítica à mais alta corte do país e a magistrados de relevância nacional quanto pela exploração de termo pouco aplicado ainda no cenário brasileiro, em sede de uma reles monografia. Contudo, todo início há de vir de algum lugar e penso que, com estudo suficiente e o esforço necessário, não há limites para demarcar o ponto de partida, por mais que este envolva questões controversas e sensíveis no presente momento nacional.

Pois bem, isso posto, o tema que se pretende introduzir diz respeito à investigação quanto à manutenção e sustentabilidade (ou não) do foro por prerrogativa de função previsto na Constituição Federal de 1988 em face da utilização do direito como instrumento de "guerra", em outra palavra, *Lawfare*, mais especificamente quanto à recente restrição de aplicação decidida pelo Supremo Tribunal Federal.

Antes de qualquer coisa, tendo em vista a expansividade dos temas sobre os quais se pretende versar, importa ressaltar que a revisão de toda literatura e o esgotamento de todas questões relativas a cada tema não são as pretensões almejadas. Pelo contrário, algumas questões agora serão delimitadas para que já se tenha, desde o início, o ponto de partida a partir do qual saibam as leitoras deverão se situar para compreender especificamente o que há de ser trabalhado aqui.

Primeiramente, é crucial saber que, ainda que a extensão do foro por prerrogativa de função seja um tópico de extrema relevância no cenário estadual, no presente trabalho será tratada apenas a parcela do instituto que está prevista na Constituição Federal da República, mais pontualmente, nos arts. 102, I, "b" e "c"; 105, I, "a"; 108, I, "a" e art. 96, III.

Dessa forma, o que daqui em diante se tratará por "*foro ratione functionae*" ou "foro por prerrogativa de função", entre outras variáveis, não se aplica para toda extensão do instituto, ainda que conste uma breve análise geral a título de contextualização mais adiante, mas diz respeito

apenas a parte afeta aos altos cargos de cada um dos três poderes, cuja competência recai sobre o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça ou os Tribunais Regionais Federais.

Em segundo lugar, importa de antemão também expor que o termo *lawfare*, por mais que tenha se originado no direito internacional acerca de assuntos literalmente bélicos estadunidenses, como será mais profundamente analisado à frente, é um termo que tem sido amplamente ressignificado em diversos outros domínios do saber e do próprio direito.

Recentemente, tal conceito tem sido inserido no contexto brasileiro por se falar, com certa frequência, em "guerra política", "perseguição", "embate político no judiciário" ou "luta jurídica" ao se referir às ações penais instauradas para apurar supostos delitos cometidos por figuras políticas relevantes. Cenário que pode ser notado especialmente no que concerne à Operação Lava Jato, como por exemplo em detida análise quanto à defesa do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva e sua abordagem midiática.

Considerando esse sentido figurado de batalhas jurídicas em que se difundem ideias como a guerra contra corrupção, criminalização da política, politização do direito e, principalmente, instrumentalização do direito e do processo como arma para arruinar um adversário é que se contextualiza a figura do *Lawfare*. Assunto que também será detidamente analisado no corpo do presente texto.

Sabendo ainda que falar da sustentabilidade do foro privilegiado frente à utilização do direito como instrumento de um confronto político implica falar em imparcialidade e neutralidade do julgador ou da julgadora, destaca-se que permeia o estudo em questão a análise quanto a plausibilidade do argumento de que instâncias superiores são supostamente mais capazes de julgar ações relativas a figuras políticas relevantes, por serem mais distantes e imparciais, presente tanto na doutrina quanto nas razões de decidir dos Excelentíssimos Ministros da Alta Corte.

Para tanto, é intenção da declarada autora dissecar, no que for adequado, três conceitos centrais a esta pesquisa, os quais serão expostos de forma detalhada e contextualizada em três capítulos diferentes seguidamente arrematados por ponderações a respeito da conexão de todos sob a guarda do título anunciado.

No primeiro capítulo será destrinchado o instituto constitucional do foro por prerrogativa de função, seu conceito, aplicação geral e, principalmente, impactos no cenário jurídico-político em que o país se encontra, além da análise quanto aos argumentos utilizados no julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal 937, que representa hoje a nova forma do STF

interpretar a aplicação do foro privilegiado. Oportuno reforçar que não é intenção desta monografia esgotar o tema do foro por prerrogativa de função em todos seus desdobramentos, como o reflexo nas constituições estaduais, por exemplo, muito menos ostentar elaborada narrativa ou análise histórica de tal quesito, portanto esteja atenta a leitora ou o leitor que aqui se fala especificamente na competência para julgar originariamente certas autoridades do alto escalão dos três poderes reservadas aos tribunais de alçada superior, como determinam os artigos já citados da CF/88.

Ato contínuo, no capítulo seguinte será abordado o conceito, aplicações e controvérsias do termo *Lawfare*, assim como se pretende versar sobre sua representação pela mídia brasileira e, principalmente, sua aplicação no cenário jurídico-político brasileiro vigente, o que será feito com base em casos, inquéritos e, em especial, manifestações defensivas da maior operação criminal que existiu no Brasil, a Operação Lava Jato.

Seguindo o raciocínio incipiente que aqui se expõe, o terceiro capítulo pretende discorrer acerca da imparcialidade e neutralidade do órgão julgador frente às acusações de julgamento político e a efetividade do foro *ratione functionae* como instrumento de prevenção à justiça política. À vista disso é que se ocupará o referido capítulo de discutir a condição do terceiro imparcial como um agente político e social, bem como o ativismo jurídico e particularmente a pretensa politização do direito ou criminalização da política que tanto tem sido abordada no mundo jurídico, especialmente sobre o poder decisório do STF.

Para tamanho fim, utilizar-se-á metodologia clássica de revisão de bibliografia, principalmente quanto à análise específica de cada um dos três termos centrais que compõe a presente análise. Salientando o fato de que a mescla entre bibliografia clássica e artigos atuais foi proposital e bem quista. Para além da revisão bibliográfica, para análise detida do caso emblemático que define o tema tratado também foi empregado o estudo de caso em que analisou-se documentos audiovisuais referentes ao julgamento da QO na AP 937. Em menor grau, se apresentará também concisa compilação midiática quanto ao termo *Lawfare* e seus equivalentes nos veículos informativos afetos aos direitos. Os termos precisos quanto à execução da compilação poderão ser melhor entendidos quando da leitura de subdivisão própria à explicitação das metodologias empregadas.

Por fim, é de extrema relevância para essa autora evidenciar que, em relação à construção da narrativa, aos termos empregados e àqueles evitados, à utilização do gênero e à subjetividade empregada no decorrer do texto, tudo é fruto de uma trajetória pessoal e acadêmica

que se baseia no rechaço ao discurso hegemônico e distante academicista que invisibiliza questões sociais fundamentais e específicas, como as de raça e gênero. Dessa forma, é por tal motivo que não se encontrarão na presente obra termos que perpetuam no léxico brasileiro um racismo velado tais quais "aclarar", "esclarecer" ou "obscuro", bem como sempre se empregarão ambos os gêneros quando se fizer necessária a distinção entre feminino e masculino, para que não seja invisível a participação e representação feminina na composição do público de quem se fala e para quem se fala.

METODOLOGIA

A presente monografia compõe-se de um estudo de caso aliado à abordagem de investigação qualitativa, uma vez que são analisadas perspectivas do caso em tela conjuntamente com os ensinamentos da literatura, de forma a proporcionar reflexão na pesquisadora e reflexividade da pesquisa¹.

Escolheu-se o método de estudo de caso, porque permite analisar o tema em profundidade, dentro de seu contexto, contando com diversificada fonte de evidência e orientando a colheita e a análise dos dados². O caso selecionado para estudo foi determinado por sua relevância nacional singular, indissociável do tema da pesquisa, e pela contemporaneidade com a execução do trabalho.

Como ensina Ventura³, a modalidade de abordagem instrumental analisa o específico para, então, investigar questão de maior amplitude. Por outro lado, a abordagem intrínseca, ainda de acordo com a autora, se resumiria à análise das características particulares do caso em tela. Assim, neste trabalho, em relação ao objetivo geral, seguiremos a abordagem instrumental, posto que o caso selecionado serve de base para discutir os critérios utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para redefinir a aplicação do foro por prerrogativa de função futuramente, em contraposição, ainda, à imparcialidade jurídica percebida no tribunal quando do julgamento de delitos cometidos por agentes políticos.

Mesma perspectiva é aplicada sobre o alcance dos objetivos específicos, quando avaliados os argumentos próprios do julgamento, especialmente os que dizem respeito ao tratamento do Supremo Tribunal a ações que abordem pessoas detentoras do foro. Reconhecemos, também, a utilização da linha intrínseca no estudo de caso, tendo em vista que, inevitavelmente, serão ressaltadas algumas questões peculiares da QO na AP 937/RJ.

O caso selecionado para análise consiste na Questão de Ordem na Ação Penal 937/RJ, julgada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, que visava a determinar a extensão da aplicação do foro por prerrogativa de função no caso de delitos cometidos por membros do Congresso Nacional. Para o estudo do caso, desenvolveu-se pesquisa documental, na qual as

¹ FLICK, U. **Introdução à pesquisa qualitativa**. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2009.

² YIN, R. K. **Estudo de caso. Planejamento e métodos**. 5 ed. Porto Alegre: Bookman Editora Ltda, 2015.

³ VENTURA, M. M. **O estudo de caso como modalidade de pesquisa**. Rev. SOCERJ, p. 383-386. set./out. 2007.

unidades de análise eleitas foram os registros audiovisuais do julgamento onde registrados os votos concedidos por cada Ministro, tornando-se possível analisar e confrontar os critérios utilizados em cada discurso e, por conseguinte, projetar, na medida do possível, as consequências jurídicas implicadas. Os vídeos utilizados estão disponíveis no canal institucional do STF no sítio eletrônico www.youtube.com.br.

A deficiência mais preocupante do estudo de caso reside na dificuldade de generalização dos resultados colhidos, o que exige atenção e cuidado da pesquisadora, pois há o risco de apresentar falsa certeza das suas conclusões e se embasar em evidências equivocadas.⁴ Para lidar com esta limitação, de acordo com a referida autora, é recomendada a elaboração de plano de estudo para prevenir equívocos subjetivos. Dessa forma, considerando tal barreira da metodologia, a análise dos elementos de decisão no julgamento teve especial foco nos argumentos *ratio decidendi*⁵. Ademais, as ponderações sobre o caso foram respaldadas por análise doutrinária realizada ao longo da monografia. Portanto, analisou-se não apenas o caso em si, “como algo à parte, mas o que ele representa dentro do todo e a partir daí”⁶

No que diz respeito à pesquisa doutrinária, no estudo qualitativo, a utilização de informações da literatura jurídica permite extrair afirmações e observações a respeito do tema de pesquisa.⁷ Na presente pesquisa, o uso da literatura se fez fundamental para apresentação de perspectivas que vão de encontro ou ao encontro daquelas expostas nos discursos analisados. Portanto, na revisão de literatura, os textos foram escolhidos com o objetivo não só de entender, mas também questionar os limites legais e doutrinários estabelecidos nos casos de investigados com foro por prerrogativa de função, bem como analisar a real motivação de decisão por parte da mais alta corte do país.

⁴ VENTURA, *op. cit.*

⁵ Conrado Hübner Mendes (2004) divide os argumentos de uma decisão em dois grupos: *ratio decidendi* e *obiter dictum*. Os fundamentos *ratio decidendi* são aqueles que podem ser aplicados a casos futuros, enquanto os *obiter dictum* são marginais ao argumento geral e se restringem ao caso concreto.

⁶ VENTURA, *op. cit.*, p. 986.

1. O INSTITUTO DO FORO PRIVATIVO

1.1 Conceituação e extensão

O foro por prerrogativa de função ou foro privilegiado é instituto que atualmente se encontra em intensa discussão no meio jurídico, nos espaços acadêmicos, nas redes sociais e na sociedade em geral, portanto, há de se imaginar que não exista consenso sobre sua validade, sua aplicação e consequências.

Desde a busca por sua definição já se encontram grandes divergências entre doutrinadores respeitados ou operadores do direito. Inclusive, a partir da nomenclatura concedida já se vê que podemos estar diante de um defensor ou detrator da previsão constitucional, posto que, em geral, estes preferem associá-la a um privilégio concedido a certas pessoas, enquanto aqueles associam-na apenas a uma prerrogativa da Constituição Federal da República.

Há ainda os que não assumem a locução foro privilegiado tampouco acham correto o foro por prerrogativa de função, uma vez que o fundamento ético-político em cujo foco da temática deve estar, no qual se funda a garantia, seria diverso. Estes por sua vez dividem-se entre os defensores do foro *ratione functionae* e do foro *ratione personae*.

A definição do foro *per se* ainda que aparentemente seja de simples cognição (ora, apenas remonta ao fato de que certos indivíduos quando ocupantes de determinados cargos constitucionalmente detém competência diferenciada para os processos que vierem a apurar seus crimes comuns ou de responsabilidade), se mostra nas nuances tarefa insidiosa, visto que envolve não só ônus e bônus ao alvo da prerrogativa, mas também conflita diretamente com princípios basilares constitucionais, como a isonomia, ou processuais, tais quais juiz natural e o duplo grau de jurisdição.

Pois bem, dentre o primeiro grupo, de defensores do foro por prerrogativa de função, emergem nomes como da monta de Fernando da Costa Tourinho Filho e Aury Lopes Jr. Ambos convergem quanto a priorização da autoridade a ser julgada em detrimento da forma convencional de determinação de competência no processo penal.

Tal lógica, para este grupo, encontra respaldo na garantia de um processo penal efetivo, imparcial e justo, uma vez que a pessoa ocupante de um cargo superior ao daquele que julga, como ré, poderia exercer, ou apenas representar, uma forma de intimidação. Da mesma forma, um

juiz julgador iniciante ou de baixa hierarquia poderia estar sujeito a maiores pressões externas contra a ré, o que também prejudicaria o processo.

Nesse sentido, Tourinho Filho⁸:

É verdade que a Lei Maior no art. 5.º, caput, estabelece que "todos são iguais perante a lei". Sendo-os, como efetivamente são, esse direito concedido a tais pessoas não conflitaria com aquela igualdade? Obviamente não. Não se trata de um privilégio, o que seria odioso, mas, como já se disse, de elementar cautela, para amparar, a um só tempo, o responsável e a Justiça, evitando, por exemplo, a subversão da hierarquia, e para cercar o seu processo e julgamento de especiais garantias, protegendo-os contra eventuais pressões que os supostos responsáveis pudessem exercer sobre os órgãos jurisdicionais inferiores.

Assim, segundo o autor, se afasta neste trato a ofensa ao princípio da isonomia com o qual o foro por prerrogativa de função é frequentemente contestado. Neste quesito também o autor acentua a diferença da previsão constitucional para um privilégio concedido por ordem de classe, dizendo "(...) a competência por prerrogativa de função não sugere o foro privilegiado. O que a Constituição vedava e veda (implicitamente) é o foro para conde, barão ou duque, para Jafé, Café ou Mafé (...), como bem diz Tornaghi"⁹. Contudo, é importante manter em mente que podem ser feitas duras críticas à história do foro e a manutenção da elite no poder político brasileiro, que serão vistas mais adiante.

Em sentido parecido ao exposto por Tourinho Filho, Aury Lopes Jr. reforça que o foro privativo não só não representa um privilégio para o acusado, como em verdade acarreta significativa perda de direito quanto ao duplo grau de jurisdição. *In verbis*¹⁰:

"Algumas pessoas, por exercerem determinadas funções, têm a prerrogativa (não é um privilégio, mas prerrogativa funcional) de serem julgadas originariamente por determinados órgãos. Trata-se, ainda, de assegurar a independência de quem julga. Compreende-se facilmente a necessidade dessa prerrogativa quando imaginamos, por exemplo, um juiz de primeiro grau julgando um Ministro da Justiça ou mesmo um desembargador. Daí por que, para garantia de quem julga e também de quem é julgado, existem certas regras indisponíveis.

Ademais, é equivocada a ideia de que a prerrogativa de função constitui um grande benefício para o réu. Nem sempre. O argumento de que ser julgado por um tribunal composto por juízes (em tese) mais experientes (o que não significa maior qualidade técnica do julgamento) é uma vantagem que esbarra na impossibilidade de um verdadeiro duplo grau de jurisdição."

⁸ TOURINHO FILHO, Fernando. **Da competência pela prerrogativa de função**. Doutrinas Essenciais Processo Penal, 2012, p.5

⁹ Tourinho Filho, 2012 *apud* BORLIDO HADDAD, Carlos Henrique. **A dimensão do foro privilegiado**. Revista dos Tribunais, 2012, p. 9.

¹⁰ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 294.

Todavia, ainda que pesem os bons argumentos dos juristas citados, há de se considerar que do outro lado da moeda também surgem justificativas opostas e relevantes para os mesmos embates.

Críticos ao foro privilegiado, por sua vez, salientam a característica anti-isonômica da competência penal estabelecida para detentores de cargos públicos, a qual se sobrepõe às outras regras de competência. A ausência de isonomia se evidencia, principalmente, quando posta em xeque contra a imparcialidade magistral de primeira instância. Sobressai neste entendimento, o raciocínio de Guilherme Nucci, que também credita à previsão constitucional a tacha de foro *ratione personae*.

Sob esta ótica, Nucci reafirma o dever de imparcialidade e a garantia da independência de toda pessoa investida na magistratura, que valem independente do réu e, portanto, já seriam suficientes para garantir o devido processo legal e um julgamento válido. Para corroborar tal entendimento, o professor ressalta a prestação de contas igualitária de todos os cidadãos perante à Justiça Cível, sem tomar em consideração a condição da parte, o que ocorre sem subversão do processo.¹¹ Dessa maneira, a qualidade da pessoa em julgamento para determinação da competência (competência *ratione personae*) não se justifica e não deveria existir.

Desconsiderando as duas nomenclaturas explicitadas, há quem defina o foro privativo como mecanismo de proteção não só contra a subversão da hierarquia política e institucional ou do bom funcionamento da Administração da Justiça Criminal, mas também de valores sociais relevantes, tais como segurança, imparcialidade e independência no exercício da jurisdição criminal. Nesta toada, o professor Doutor Diogo Malan disserta a legitimidade constitucional da competência originária do STF e das cortes superiores, com fundamento na dignidade da própria função pública exercida pelo acusado, foro *ratione functionae*. Assim:

Sua relevante finalidade político-institucional é assegurar os interesses públicos relevantes ínsitos à segurança, imparcialidade e independência no exercício da jurisdição criminal, atuando como garantia bilateral - na feliz expressão do Min. Vitor Nunes Leal - ao instituir Juiz Natural mais imune a influências políticas exercidas a favor ou contra os interesses do acusado.

Não se trata de prerrogativa profissional inerente ao cargo propriamente dita, nem de privilégio instituído em razão de características pessoais do acusado, motivo pelo qual na perspectiva técnico-processual o termo foro *ratione functionae* parece ser mais adequado do que foro por prerrogativa de função, foro *ratione personae* ou foro privilegiado.¹²

Percebe-se então que a própria definição do que representa a previsão constitucional de julgamento originário em determinados órgãos judiciários esbarra em critérios para além da análise

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 227.

¹² MALAN Diogo. **Competência penal *ratione functionae* do STF**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2014, p. 5.

jurídica técnica, como a crença na postura mais ou menos imparcial do agente julgador, o que há de se convir é suposição pessoal altamente teórica, quando não há respaldo empírico para tal assertiva.

Outro fator que não diz respeito apenas aos preceitos jurídicos envolvidos, mas é principalmente de ordem prática, e ainda assim influencia diretamente no que se trava acerca da competência por função é a extensão da sua aplicação, concedida pela Constituição Federal, e seu impacto nos respectivos Tribunais.

Dessa forma, cientes do que pode representar o instituto do foro por prerrogativa de função, insta questionar: quais são esses órgãos jurisdicionais superiores competentes para processar e julgar pessoas determinadas? E mais, quais seriam essas pessoas? No que determina os artigos 102, 105 e 108 da Constituição Federal, os órgãos são o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais Regionais Federais.

Para além, no artigo 121 a Constituição determina que quanto à Justiça Eleitoral lei complementar disporá sobre a competência dos tribunais e juízes eleitorais, contudo, tendo em vista a inexistência de tal legislação e ainda a recepção da CF/88 das leis eleitorais, entende-se que o Código Eleitoral, ainda que consista em lei ordinária, conferiu poderes aos Tribunais Regionais eleitorais e juízes.¹³ O que se percebe também no que tange à Justiça Militar, no art. 124, parágrafo único e quanto ao poder conferido às Constituições dos Estados para fixar a competência de seus tribunais, art. 125, § 1º da CF.

Como já explicitado, conquanto haja determinação de competência privativa a outras centenas de cargos em outros órgãos jurídicos na legislação brasileira vigente, o intuito do presente trabalho não está em destrinchar todas essas possibilidades, visto que são diversas. Reforçamos então a escolha por tratar apenas das previsões constitucionais, que versam sobre os tribunais superiores e suas respectivas competências originárias.

Pois bem, cuidando-se dos indivíduos, onde reside maior parte da crítica quanto a abrangência do foro, vê-se que no art. 102 dispõe em seu inciso I, alínea b, da Carta Magna:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

¹³ MS 26.604, rel. min. Cármen Lúcia, j. 4-10-2007, P, DJE de 3-10-2008

Aqui importa reportar que a expressão "infrações penais comuns" está em oposição aos crimes de responsabilidade, definidos em lei própria, atualmente a Lei nº 1.079/50, recepcionada pela CF/88, e objetos de rito que buscam averiguar responsabilidade política, tema que será abordado mais profundamente no terceiro capítulo deste trabalho. Dessa forma, "infrações penais comuns" remete a qualquer infração penal que não aquelas qualificadas como sendo de responsabilidade, o crime eleitoral, militar, de imprensa, político e, inclusive, as contravenções penais.¹⁴

Ademais dos atores citados, compete privativamente ao STF também, processar e julgar:

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

Salientando que a hipótese ressalvada diz respeito a possibilidade de o crime de responsabilidade ser conexo ao do Presidente da República ou do Vice-Presidente, quando, então, nos termos dos arts. 102, I, c/c o art. 52, I, ambos da CF, a competência se desloca para o Senado Federal.

Mais uma vez, é de se observar que nestes casos o conceito de crime de responsabilidade ainda se refere às infrações político-administrativas, previstas na Lei 1.079/50, não se confundindo também com as tipificações feitas sob o título de "crimes de responsabilidade de funcionários públicos" no Código Penal, do artigo 312 ao 316, às quais são processadas sob o rito previsto a partir do art. 513 do Código de Processo Penal, os chamados delitos funcionais.

Em referência ainda à recepção da Lei 1.079, destaca-se a inexistência de tipificação das condutas que seriam crime de responsabilidade por parte dos membros dos Tribunais Superiores, do Tribunal de Contas da União e dos chefes de missão diplomática em caráter permanente. Tal informação importa para determinar a impossibilidade de julgamento dos cargos mencionados pelo princípio da reserva legal.

Dessa feita, ainda que haja promulgação da referida Lei para tipificação das condutas, não há possibilidade desta alterar a instância definida pela Constituição. Da mesma sorte quanto ao julgamento dos Comandantes das Forças Armadas, julgados perante o Senado Federal sobre crimes

¹⁴ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 211.

de responsabilidade, afirma-se que este também não pode existir, tendo em vista o princípio da reserva legal e a ausência de lei anterior que os defina (*nullum crimen, nulla poena sine lege*).

Importa trazer à baila a Lei nº 13.502 de 2017, que revogou a Lei nº 10.683/2003, e atualmente, por força do seu art. 22, concede status de Ministro de Estado às pessoas investidas nos cargos de: Advogado-Geral da União (enquanto não for aprovada Emenda Constitucional para inserção deste no rol do art. 102) , Chefe da Casa Civil da Presidência da República, Chefe da Secretaria de Governo da Presidência da República, Chefe do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República e Presidente do Banco Central do Brasil (este enquanto não é aprovada EC para incluí-lo, juntamente com os diretores do Banco Central, no rol das pessoas com foro privativo pelo STF). Portanto, Ministros de Estado que são, torna-se inteiramente cabível o instituto do foro privativo previsto nos arts. 102, I, c e d, e 105, I, b e c, todos da CF a tais atores.

Agora, no que cabe aos atores de competência do Superior Tribunal de Justiça, o art. 105, I, a, rege:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;

Mais uma vez, ressalte-se a natureza jurídico-penal dos ditos crimes comuns, em contrapeso aos crimes políticos de responsabilidade, bem como a possibilidade de julgamento de contravenções penais. Ainda que a referida alínea trate de crimes, de acordo com a interpretação extensiva de "quem pode mais, pode menos", podendo o STJ julgar governador quanto a infrações penais criminosas, não faria sentido este não ser competente para julgar possível contravenção penal.¹⁵

Quanto aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, salienta-se a mudança ocorrida no julgamento desses quanto aos crimes militares, que antigamente eram processados perante o Superior Tribunal Militar, contudo a partir da promulgação da Lei 8.719/1993, o STM processa e

¹⁵ TOURINHO FILHO, *op. cit.*, p. 6.

julga apenas, nesses crimes, os Oficiais Gerais das Forças Armadas, com exceção daqueles julgados pelo STF.

Encontram-se na Lei nº 7.106 de 1983 os crimes de responsabilidade do Governador do Distrito Federal e na Lei 1.079/50 os de Governadores de Estados, entretanto, os outros atores referidos no artigo supramencionado não possuem qualquer diploma legal definindo quais seriam eventuais crimes de responsabilidade, de forma que não há possibilidade de processo e julgamento para estes.

O texto constitucional traz ainda os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios. Contudo, importa dizer que atualmente em seu §4º o art. 31 da Carta Magna veda a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais, logo, para além dos Tribunais de Contas Municipais do Rio de Janeiro e de São Paulo, criados a partir da Constituição anterior, não há, nem haverá outro de tal natureza para que seus membros sejam julgados.

Em relação aos membros do Ministério Público da União que oficiam perante os Tribunais, são estes os Subprocuradores ou Procuradores que atuam STF, STJ, STM, TSE, TST, TRF, TRE, TRT e, também, no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, porquanto os membros do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios compõem o MPU. Em se tratando de membro do Ministério Público que atue perante os Tribunais de Contas, o STJ declarou a competência do Tribunal de Justiça para processo e julgamento, por força do disposto no art. 130 da CFR.¹⁶

Já aos Tribunais Regionais Federais, de acordo com o art. 108 da CF:

Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

I - processar e julgar, originariamente:

a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral

Sabidamente, cada TRF apesar de sediado em uma cidade, possui jurisdição em, no mínimo, dois estados, motivo pelo qual o texto constitucional determina que serão julgados os Juízes situados apenas em sua respectiva área de jurisdição. Mais uma vez, vê-se que os crimes comuns dizem respeito àqueles outros que não de responsabilidade e também que os indivíduos referidos no dispositivo em questão não possuem seus crimes de responsabilidades definidos em qualquer lei, não podendo ser processados por eles.

Postas todas essas informações, verifica-se que apesar de extensa a numeração de autoridades com prerrogativa de foro, a previsão da garantia em face de algumas resta prejudicada,

¹⁶ TOURINHO FILHO, *op. cit.*, p. 8

tendo em vista a ausência de tipificação quanto aos crimes de responsabilidade. Entretanto, no que tange às investigações e julgamentos concernentes a crimes comuns, mantém-se forte a crítica quanto a exacerbada concessão de prerrogativa constitucional, que permite o congestionamento dos tribunais superiores quando acionadas em massa pelo Ministério Público.

É neste último sentido que correm as mais atuais discussões acerca da funcionalidade do instituto constitucional do foro. Para além da legitimidade da prerrogativa, o extenso rol de autoridades compreendido na Constituição de 1988 importa para análise do que é factível demandar dos Tribunais Superiores.

A partir desta inquietação é que se discute se o incômodo e disfuncional aumento de autoridades detentoras é uma constante na história constitucional brasileira e que, tal garantia, não necessariamente se concedeu por necessidade de existir cada vez mais proteção ao exercício político.

1.2. Contextualização

Tal instituto, que causa tanta reverberação na doutrina jurídica e, como visto, possui um largo alcance e impacto na ordem jurisdicional, especialmente quando acionado em larga escala, traz sérias reflexões desde sempre quanto à sua utilização.

Resumindo as notas historiográficas do professor Diogo Malan¹⁷, relativas à previsão do foro no Supremo Tribunal, vê-se que este foi haurido da cultura jurídico-constitucional ibérica, com destaque para a Constituição portuguesa de 1826 e seu ato Adicional de 1832, especialmente o art. 131, §2º.

Desta e da constituição espanhola de 1812 decorreu a instauração pela Constituição Política do Império do Brasil, em 1824, do Supremo Tribunal de Justiça, o qual, composto por magistrados de carreira promovidos por critério de antiguidade, detinha competência originária para "conhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Provincias" (art. 164, II). Não incluído o imperador a este rol por ser considerado pessoa "inviolável" e "sagrada", dessa feita, insuscetível de responsabilização jurídico-penal.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, já em 1891, alterou a composição e o nome da corte para que então o Supremo Tribunal Federal, agora composto por 15

¹⁷ MALAN, *op. cit.*, pp. 2-4.

cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado e nomeados pelo Presidente da República, fosse competente para julgar o Presidente da República, os Ministros de Estado e os Ministros diplomáticos, nas acusações de crimes comuns, por força de seu artigo 59.

Em 1934, com a nova Carta Política, a recém nomeada Corte Suprema se aproximou muito do modelo que temos atualmente. Composta por 11 Ministros nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros natos entre 35 e 65 anos de idade com notável saber jurídico e reputação ilibada, com posterior aprovação do Senado, a corte viu o seu leque de competência originária para processar e julgar nos crimes comuns expandir significativamente, abarcando Presidente da República, Ministros da Corte Suprema, Ministros de Estado, Procurador-Geral da República, Juízes dos Tribunais Federais e das Cortes de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, Ministros do Tribunal de Contas, Embaixadores e Ministros diplomáticos.

Após as restrições apresentadas à Corte na Constituição outorgada de 1937, clássicas de um período ditatorial, a subsequente Carta Magna de 1946, manteve as características da constituição republicana anterior e adicionou ao grupo de detentores do foro, Juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, criados na era Vargas.

Em 1965, o Ato Institucional aumentou a composição do Tribunal para 16 (dezesseis) Ministros, aumentando a maioria de votos aliados ao regime ditatorial militar e a Constituição promulgada sob a ditadura militar praticamente manteve os mesmos agentes políticos guardados pela competência originária de julgamento de crimes comuns.

Composição de 11 Ministros reestabelecida pelo Ato Institucional 6/1969, o novo regime instituído pela Emenda Constitucional 1/1969 adicionou ao rol de detentores do foro os integrantes do Congresso Nacional, somando-se aos anteriormente garantidos.

Por fim, com a promulgação da Constituição Cidadã em 1988 manteve-se o critério de eleição para os Ministros do Supremo Tribunal Federal como a indicação pelo Presidente da República, seguida de aprovação da maioria absoluta do Senado Federal, dentre cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, entre 35 e 65 anos de idade (art. 101, da CF) e sua competência se viu mais uma vez acrescida para alcançar os comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.

Ainda, com o advento da já citada Lei nº 10.683/2003, tornaram-se Ministros de Estado os titulares de diversos cargos, o que por consequência concedeu o foro por prerrogativa de função a tais agentes. Repisa-se que atualmente, por força da Lei nº 13.502/2017, encontram-se equiparadas

a Ministro de Estado as pessoas titulares dos cargo de: Chefe da Secretaria de Governo da Presidência da República, Advogado-Geral da União, Chefe da Casa Civil da Presidência da República, Chefe do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República e Presidente do Banco Central do Brasil.

Pois bem, diante de tudo exposto, percebe-se que, a partir da ótica de Diogo Malan, o instituto do foro no STF possui um antigo e enraizado percurso no constitucionalismo brasileiro. Destacando-se o fato da sua constante expansão ser um processo natural contínuo desde 1824, independente da alternância de regimes políticos.

É de se questionar, portanto, sendo a prerrogativa de foro uma possibilidade de ônus ao réu, como quer fazer crer o respeitável jurista Aury Lopes Jr., o que teria levado tantas autoridades a se movimentarem politicamente, em sentido organizado, para adentrar ao rol de detentores do privilégio constitucional ao longo do tempo?

Assim, alternando a lente com a qual se analisa a história, o que pode aparentemente parecer apenas um processo constitucional natural para os olhos de uns, para outros pode evidenciar a perpetuação de sérios problemas da sociedade brasileira.

Neste sentido, o estudo técnico realizado pela Câmara dos Deputados remete ao fato de que as origens do foro privativo regressam ao fim da Antiguidade, quando da instituição de privilégio de cunho pessoal a alguns cidadãos ou a classes sociais específicas. Dessa forma, o consultor Newton Tavares Filho citando José Augusto Delgado elucida:

A Igreja Católica influenciou (...) as regras do processo criminal, incentivando o foro privilegiado para determinadas pessoas, no século V, no fim do Império Romano. Defendeu e fez prevalecer a ideia de que os ilícitos criminais praticados por senadores fossem julgados pelos seus iguais. Os da autoria dos eclesiásticos processados e julgados, igualmente, por sacerdotes que se encontrassem em maior grau hierárquico. Os reis, a partir do século XII, começaram a lutar para que a influência da Igreja Católica fosse afastada nos julgamentos de pessoas que exerciam altas funções públicas. (...) [A] legislação processual daquela era passou a adotar foros privilegiados ‘não sobre natureza dos fatos, mas sobre a qualidade das pessoas acusadas, estabelecidos em favor dos nobres, dos juízes, dos oficiais

judiciais, abades e priores etc., fidalgos e pessoas poderosas, casos esses que se confundiam muitas vezes com os casos reais.¹⁸

Na mesma esteira, o Magistrado Marcelo Semer, afirma categoricamente que o foro por prerrogativa de função, em verdade, "é herança de uma legislação elitista, que muito se compatibilizou com regimes baseados na força e no prestígio da autoridade". Para tal, o Juiz de Direito traz a diplomação importada das Filipinas na época do Brasil Colônia, onde as penas previstas para certos crimes eram distintas, de acordo com o receptor da pena, sendo ele de classe nobre ou autoridade.¹⁹

Outrossim reforça a origem ibérica do instituto, também afirmada por Malan, contudo Semer aponta o fato de que à época, tal legislação tinha por característica marcante a desigualdade perante a lei, tendo em vista o período absolutista que dominava a Europa e a predominância do Direito Penal do Terror imposto ao povo, que não os fidalgos que recebiam penas suavizadas.

Neste sentido, sobre a permanência do instituto na legislação contemporânea, afirma:

O foro privilegiado para julgamentos criminais de autoridades é outra desigualdade que ainda permanece. Reproduzimos, com pequenas variações, a regra antiga de que fidalgos de grandes estados e poder somente seriam presos por mandados especiais do Rei. É um típico caso em que se outorga maior valor à noção de autoridade do que ao princípio de isonomia, com a diferença de que hoje a igualdade é um dos pilares da Constituição.

(...) Aparentemente, trata-se na hipótese de preservar as autoridades de um processo comum, como se sofressem um constrangimento ao serem julgadas por autoridades iguais ou inferiores. Nada mais sem razão. Competência processual não se deve medir por uma ótica militar ou por estrato social. Autoridades que cometem crimes devem ser julgadas como quaisquer pessoas, pois deixam de se revestir do cargo quando praticam atos irregulares.

(...) O foro privilegiado, tal qual a prisão especial, é herança de uma legislação elitista, que muito se compatibilizou com regimes baseados na força e no prestígio da autoridade. Casa como uma luva em uma sociedade fundada na desigualdade, que privilegia o apadrinhamento para provimento de cargos públicos e se habitua ao "você sabe com quem está falando" típico das autoridades flagradas no ilícito.²⁰

Para o magistrado em questão, o ideal em relação a tal realidade seria extinguir o foro, "remover a síndrome dos desiguais", reforçando na população a boa noção da justiça e mostrar que todos se submetem às mesmas regras democráticas.

Outro magistrado que corrobora para a visão de que a manutenção do privilégio do foro se dá com base em uma sociedade idiossincrática que não tolera a isonomia é o professor doutor Carlos Haddad. Sua crítica ao foro, a seu ver privilegiado, consiste na revelação que sua aplicação

¹⁸ Delgado, 2003 *apud* TAVARES FILHO, Newton. **Foro Privilegiado: pontos positivos e negativos**. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2016, pp. 4-5.

¹⁹ SEMER, Marcelo. **A síndrome dos desiguais**. São Paulo: Boletim da Associação dos Juizes para a Democracia, 2002, p. 11-12.

²⁰ *Ibidem*, pp. 11-12

expõe de uma característica aversiva da sociedade brasileira a tudo que transforma indivíduos das classes médias ou abastadas em uma pessoa comum, sujeito a rejeições e encontros desagradáveis encontros com autoridades.²¹

De tal forma, para o Juiz Federal, considerando a vastidão da competência penal em razão do cargo no Brasil, afirma que "a Constituição de 1988, querendo ser republicana, mostrou-se quão aristocrática é. Entre a isonomia, que é um dos pilares da Constituição, e a noção de autoridade, optou-se por privilegiar esta última."²²

Enfim, redefinida a crença de um instituto legítimo fundado na história constitucional do país para o entendimento sociológico da perpetuação de um privilégio às elites que se mantém no poder dominando classes políticas por gerações, importa agora analisar o que atualmente representa a instituição do foro por prerrogativa de função no país e sua funcionalidade.

Uma vez que, fundado na desigualdade oligárquica, se demonstra cada vez mais sensível em relação aos aspectos sociais e políticos presentes na sociedade brasileira hodierna, como as crises de representatividade, o foro precisa e tem sido repensado nos diversos setores sociais, inclusive por conta da pressão pública.

Pois bem, a Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, instituição que realiza o relatório Supremo em Números, trouxe em sua quinta edição dados analisados sobre o foro privilegiado e o Supremo, citada no voto do Ministro Luis Roberto Barroso no julgamento da Questão de Ordem da Ação Penal nº 937, a seguir analisada, ainda que criticada pelo Ministro Gilmar Mendes na mesma discussão.

Partindo do pressuposto que o intuito do STF em relação ao foro é garantir a aplicação do devido processo legal, de razoável duração, e viabilizar um julgamento lídimo de mérito, como pressupõem os defensores da prerrogativa constitucional, a FGV Rio demonstra que o Supremo não tem conseguido entregar o esperado há alguns anos.

Essencialmente restou demonstrado que, por características próprias do foro no tribunal, "Os dados mostram que o tempo para publicação de acórdãos, o tempo em conclusão ao revisor, a duração e o excesso dos recursos internos e, acima de tudo, a avassaladora frequência do declínio de competência prejudicam o processamento de inquéritos e ações penais. Propostas de mudança das regras do foro privilegiado poderiam impactar 95% das ações penais que tramitam no Supremo."²³

²¹ BORLIDO HADDAD, op. cit..

²² *Ibidem*, p. 9.

²³ FALCÃO, Joaquim [et al.]. **V Relatório Supremo em Números : o foro privilegiado**. Rio de Janeiro :

Provedo os dados para o debate acerca da necessidade do foro privativo no Supremo, percebem-se também outros dois estudos importantes. A Folha de São Paulo fez o levantamento de 113 ações penais, entre 2007 e 2016, no STF destas, 3,5% restaram em condenação, contra 36,3% de absolvição e 33% de prescrição. Outro estudo foi aquele mencionado pelo ministro Luis Roberto Barroso em seu voto na Ação Penal nº 397, realizado pela Assessoria de Gestão Estratégica do Supremo onde foram contabilizados 357 inquéritos e 103 ações penais em trâmite perante o tribunal, nos quais o prazo médio de recebimento da denúncia é de 565 dias e desde 2002 ocorreram mais de 60 prescrições.²⁴

Portanto, a partir de tudo considerado, a contradição do foro, sua extensão, sua falta de legitimidade, falta de funcionalidade na aplicação e os números que demonstram a ineficiência do instituto é que se colocaram em ação as instituições possíveis de remediar o que até então estava sendo evidenciado com as ações penais nas cortes superiores, especialmente no que diz respeito às grandes movimentações como, por exemplo, a operação Lava Jato²⁵.

É diante deste quadro que surge a Proposta de Emenda Constitucional 333/2017, cuja intenção consiste em alterar radicalmente os contornos da Constituição relativos ao julgamento de crimes cometidos por autoridades, uma vez que objetiva alterar os artigos 5º, 37, 96, 102, 105, 108 e 125 da Constituição Federal para extinguir o foro especial por prerrogativa de função no caso dos crimes comuns, além de revogar o inciso X do art. 29 e o § 1º do art. 53 da Constituição Federal. A PEC contudo encontra-se atualmente paralisada em virtude da intervenção federal que está sendo realizada no Rio de Janeiro.

Dessa forma, a resposta mais recente que rege a matéria provém da decisão concedida a partir do julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal 937, julgada pelo STF em maio deste ano, que reformou a jurisprudência até então aplicada pela Corte.

Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2017, p. 10.

²⁴ *Ibidem*, p. 12.

²⁵ A Operação Lava Jato é o maior acontecimento do judiciário brasileiro envolvendo casos de corrupção. Segundo definição do site próprio da operação, lançado pelo Ministério Público Federal, "A operação Lava Jato é a maior iniciativa de combate a corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil. Iniciada em março de 2014, com a investigação perante a Justiça Federal em Curitiba de quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, a Lava Jato já apontou irregularidades na Petrobras, maior estatal do país, bem como em contratos vultosos, como o da construção da usina nuclear Angra 3. Possui hoje desdobramentos no Rio de Janeiro e no Distrito Federal, além de inquéritos criminais junto ao Supremo Tribunal Federal para apurar fatos atribuídos a pessoas com prerrogativa de função." Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato>

1.3. Cenário Atual

1.1.1 Questão de Ordem na Ação Penal nº 937

O julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal Originária nº 937, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, representa atualmente o último de entendimento dos Ministros e Ministras da Suprema Corte relativo ao foro por prerrogativa de função. A decisão tomada pelo plenário do STF foi no sentido de restringir o foro privilegiado de Deputados Federais e Senadores para os crimes cometidos durante o mandato e apenas que guardem relação com este. Decidiram também que a competência para julgamento se prorrogará a partir da publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, mesmo que haja o fim do mandato, não havendo mais alteração de instância deste ponto em diante.

A Questão de Ordem restou assim decidida:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, resolveu questão de ordem no sentido de fixar as seguintes teses: “(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo”, com o entendimento de que esta nova linha interpretativa deve se aplicar imediatamente aos processos em curso, com a ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e pelos demais juízos com base na jurisprudência anterior, conforme precedente firmado na Questão de Ordem no Inquérito 687 (Rel. Min. Sydney Sanches, j. 25.08.1999), e, como resultado, no caso concreto, determinando a baixa da ação penal ao Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro para julgamento, tendo em vista que (i) os crimes imputados ao réu não foram cometidos no cargo de Deputado Federal ou em razão dele, (ii) o réu renunciou ao cargo para assumir a Prefeitura de Cabo Frio, e (iii) a instrução processual se encerrou perante a 1ª instância, antes do deslocamento de competência para o Supremo Tribunal Federal. Vencidos: em parte, os Ministros Alexandre de Moraes e Ricardo Lewandowski, que divergiam do Relator quanto ao item (i); em parte, o Ministro Marco Aurélio, que divergia do Relator quanto ao item (ii); em parte, o Ministro Dias Toffoli, que, em voto reajustado, resolveu a questão de ordem no sentido de: a) fixar a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar os membros do Congresso Nacional exclusivamente quanto aos crimes praticados após a diplomação, independentemente de sua relação ou não com a função pública em questão; b) fixar a competência por prerrogativa de foro, prevista na Constituição Federal, quanto aos demais cargos, exclusivamente quanto aos crimes praticados após a diplomação ou a nomeação (conforme o caso), independentemente de sua relação ou não com a função pública em questão; c) serem inaplicáveis as regras constitucionais de prerrogativa de foro quanto aos crimes praticados anteriormente à diplomação ou à nomeação (conforme o caso), hipótese em que os processos deverão ser remetidos ao juízo de primeira instância competente, independentemente da fase em que se encontrem; d) reconhecer a inconstitucionalidade das normas previstas nas Constituições estaduais e na Lei Orgânica do Distrito Federal que contemplem hipóteses de prerrogativa de foro não previstas expressamente na Constituição Federal, vedada a invocação de simetria; e) estabelecer, quando aplicável a competência por prerrogativa de foro, que a renúncia ou a cessação, por qualquer outro motivo, da função pública que atraia a causa penal ao foro especial, após o encerramento da fase do art. 10 da Lei nº 8.038/90, com a

determinação de abertura de vista às partes para alegações finais, não altera a competência para o julgamento da ação penal; e, em parte, o Ministro Gilmar Mendes, que assentou que a prerrogativa de foro alcança todos os delitos imputados ao destinatário da prerrogativa, desde que durante a investidura, sendo desnecessária a ligação com o ofício, e, ao final, propôs o início de procedimento para a adoção de Súmula Vinculante em que restasse assentada a inconstitucionalidade de normas de Constituições Estaduais que disponham sobre a competência do Tribunal de Justiça para julgar autoridades sem cargo similar contemplado pela Constituição Federal e a declaração incidental de inconstitucionalidade dos incisos II e VII do art. 22 da Lei 13.502/17; dos incisos II e III e parágrafo único do art. 33 da Lei Complementar 35/79; dos arts. 40, III, V, e 41, II, parágrafo único, da Lei 8.625/93; e do art. 18, II, “d”, “e”, “f”, parágrafo único, da Lei Complementar 75/93. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 3.5.2018.²⁶

Para além do marco histórico que representa, o estudo da referida decisão se impõe não apenas pelas consequências que dela decorrerão, mas principalmente pelas razões externadas por cada Ministro ou Ministra para ressignificar o que se entendia por foro especial até então e compreender sua finalidade.

Há de se reconhecer, que tudo até aqui posto diz respeito ao instituto do foro na forma como se lia a Constituição Federal até então, a partir deste valioso julgamento importa avaliar o que se tornou o instituto do foro, uma vez que, segundo o Ministro Luiz Roberto Barroso, impôs-se uma mutação constitucional em sentido técnico, haja vista a mudança da realidade fática, a mudança da percepção social do melhor direito e por terem as consequências práticas da orientação jurisprudencial anterior se mostrado negativas.

Pois bem, para contextualizar o estudo do julgamento importa entender que trata-se o caso de Ação Penal, na qual o Réu é acusado de compra de votos quando ainda candidato a prefeito do município de Cabo Frio/RJ. Para o crime praticado enquanto candidato a instância competente processo e julgamento era o 1º grau da Justiça Eleitoral, porém quando denunciado o réu já havia sido eleito prefeito. Deste monte, a competência originária restou alterada para o Tribunal Regional Eleitoral. Contudo, quando do recebimento da denúncia o réu já não era mais prefeito e, portanto, o recebimento restou anulado em sede de *Habeas Corpus*.

Recebida novamente a denúncia na 1ª instância, instruído o processo, o réu termina o mandato, todavia, por ser suplente de deputado federal este assume na Câmara dos Deputados, antes da sentença, e a instância se transfere da primeira para o STF. Em alguns meses o titular retorna à casa e a instância muda de novo. Com a perda do mandato de Eduardo Cunha, o titular, o réu suplente volta para a Câmara e o Supremo novamente se torna a corte competente para análise. Aproximando-se o julgamento no STF, o réu renuncia na Câmara para assumir como prefeito de

²⁶ Decisão disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=4549693&ext=RTF>

Cabo Frio, alternando a competência para 1º grau e depois com a posse de prefeito, deslocando-a finalmente para o 2º grau.

Como visto, foi proposto pelo relator que

"(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo"

Tal posição, que veio a prevalecer no pleno, decorreu do entendimento do ministro relator pela necessidade de restrição do alcance do foro e da reformulação de um sistema que não funciona, com vistas a combater a impunidade e regular o funcionamento do Supremo, atitudes que justificam a mutação constitucional técnica na jurisprudência.

Afirma o relator que as condições para a mutação constitucional claramente se apresentam no cenário brasileiro, já que a) os dias atuais representam uma mudança fática em relação ao momento em que foi constituída a prerrogativa de foro, uma vez que o constituinte jamais conceberia que mais de um terço dos parlamentares estariam envolvidos em inquéritos ou ações penais perante a corte constitucional, b) tornou-se patente a constatação de que o sistema não tem funcionado bem alterando a percepção social de qual o melhor direito a ser aplicado, e c) vê-se as consequências negativas da orientação anterior refletidas na impunidade presente e no desprestígio que vive o Supremo Tribunal.

Além disso, afirmou Luis Roberto Barroso também que a extensão do foro o tornou impraticável na experiência brasileira, apresentando em verdade múltiplas disfuncionalidades. A primeira delas consiste em atribuir competência ao Supremo a qual ele não é vocacionado. Entende o Ministro que nenhuma corte constitucional no mundo tem esta função e, ao julgar como juízo de primeiro grau, o Supremo se afasta do seu papel de guardião da constituição. Para exemplificar, o julgamento da Ação Penal 470, conhecida como Mensalão, ocupou 69 sessões do STF, o que atrasa o julgamento de questões importantes as quais deveriam ser apreciadas pela Alta Corte.

Segunda razão consta no fato de que por o STF não ser vocacionado para este papel não o desempenha de maneira satisfatória, tendo em vista o número de processos e a formação dos ministros que o compõe, além do formato complexo do processo, tudo que faz com que o resultado não seja entregue de forma efetiva, a ponto de a concessão de cargo com prerrogativa de foro

privativo ser considerada obstrução de justiça e atentado contra a moralidade administrativa, o que é inegavelmente um desprestígio para o Supremo Tribunal Federal.

Por tais razões, o relator assevera que crimes cometidos no exercício do cargo e em função do cargo devem ser contemplados com foro por prerrogativa de função, contudo crimes quaisquer sem relação com cargo e não cometidos em razão dele com competência funcional não passam de foro privilegiado que protege não o exercício do mandato, mas sim a pessoa que o exerce.²⁷

Conquanto a análise do estudo pretenda se deter nos argumentos empregados por parte dos ministros, salienta-se que o advogado do réu se manifestou no sentido de que as prerrogativas por função devem continuar, uma vez que em um sistema republicano sadio é necessário ter equilíbrio de forças, quando então o Ministro Alexandre de Moraes alertou para as razões do constituinte quanto à prevenção contra eventuais perseguições políticas, em relação aos parlamentares principalmente. Ademais da preocupação do executivo instrumentalizar o Ministério Público para entrar com processos temerários, visto que havia ligação umbilical entre este poder e a instituição, ressaltando que o foro é um mecanismo institucional de freios e contrapesos dos três poderes e do Ministério Público para garantias institucionais.

O Ministro Alexandre de Moraes em seu voto divergiu do relator em importante fundamento. O ministro em questão, por mais que concorde com a premissa de que o foro existe para a proteção do cargo, inclui no rol de proteção da atividade política o julgamento por acusações de crimes comuns, por acreditar que a própria Constituição é clara ao determinar o julgamento com foro nos crimes comuns, já que metodologicamente quando se entendeu necessário fazer a distinção dos delitos cometidos em razão da função, foi firmada a separação entre crimes comuns e de responsabilidade.

Outra razão salientada pelo constitucionalista que justifica a guarida das cortes superiores na persecução de crimes comuns cometidos por autoridades reside no fato de que há perseguições políticas e conchavos oligárquicos, mais presentes em âmbito regionais, que podem fazer uso do aparato judiciário para atingir outros fins que não aqueles que o direito pretende. Assim, acredita que retirando o julgamento da primeira instância e distanciando dos atores que frequentemente estão inseridos em trama política ou pessoal, o agente estaria sujeito a um julgamento mais imparcial.

²⁷ As sessões de julgamento da Questão de Ordem podem ser encontradas no canal oficial de vídeo do Supremo Tribunal Federal no sítio eletrônico: www.youtube.com.br

Para além, concorda que a validade do foro só deverá durar para os crimes praticados durante a função, da diplomação ao encerramento do mandato, ou então ao final da instrução processual e publicação de despacho de intimação para alegações finais.

Vê-se na manifestação do Ministro Alexandre de Moraes em comparação aos argumentos utilizados pelo Ministro Relator, uma diferença sutil, mas primordial. Sua análise levou em consideração elementos mais constitutivos do *telos* da prerrogativa de foro, inclusive, afirmando mais de uma vez que não há estudo comparativo capaz de comprovar a ineficiência do Supremo Tribunal em comparação à 1ª instância, enquanto Barroso apresentou razões que discurriam principalmente sobre as consequências práticas negativas da aplicação até então utilizada, tanto pra sociedade quanto para o Tribunal.

Percebe-se que o ministro Barroso se demonstra consideravelmente preocupado com as consequências das condições do sistema, com o fato de a funcionalidade estar prejudicada. O ministro de forma fundamentada explica também que tais falhas acabam desvirtuando a própria razão de ser do foro, que na visão deste consiste em proteger a boa execução do cargo ou função ocupada pela pessoa, o que não se relaciona, na sua visão, com o cometimento de crimes comuns ou crimes cometidos fora do exercício cargo.

Sem maiores considerações, seguiram integralmente a visão do relator as Ministras Carmen Lúcia e Rosa Weber, bem como o Ministro Luiz Fux. Divergente em parte o Ministro Marco Aurélio que discorda apenas da questão técnica da prorrogação de competência, por entender que, em se tratando de competência absoluta, não pode ser prorrogada, contudo quanto à essência do foro e sua necessária restrição, segue o relator.

Outras interessantes colocações feitas na sessão de julgamento partiram de ambos os lados, como por exemplo, aquelas feitas por Sua Excelência Edson Fachin, que aborda as justificativas da instituição do foro, nas suas palavras:

[...] Quais seriam portanto as justificativas? E aqui a 4ª oração que trago. A primeira delas, dessas justificativas, decorreria de orientação, indicada, pelo menos implicitamente, pelo saudoso Ministro Victor Nunes Leal, segundo o qual a prerrogativa existe porque presume o legislador que os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas porque tenham maior capacidade de resistir seja a eventual influência do próprio acusado, seja as eventuais influências que atuaram contra ele.²⁸

²⁸ PLENO - Suspendo julgamento sobre foro por prerrogativa de função de parlamentares federais (1/2). Brasília: STF, 2017. (120 min.), son., color. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=I3WR1T2vfXM>>. Acesso em: 24 maio 2018.

E segue quanto a sua finalidade:

Quinta oração que traduz a segunda justificativa. Uma possível segunda justificativa é daquela que se utiliza parte da doutrina estrangeira no sentido de que o foro visa inibir demandas abusivas em face de agentes que por sua função não poderiam manter seus afazeres se continuamente demandados pelo poder judiciário. Essa justificativa se mantém? [...]

[...] Entendo com a devida vênia das compreensões em sentido diverso, não são compatíveis com a Constituição Federal. A garantia de imparcialidade é atribuída a todos os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, além disso o julgamento imparcial e independente é um direito de todos os brasileiro, não se podendo admitir que haja julgamentos mais ou menos independentes ou mais ou menos eficientes. Sob pena de ofensa a igualdade e ao princípio republicano que é norma constitucional.²⁹

Nessa esteira, é de se acreditar que o Ministro julgaria a favor de uma restrição ainda mais severa do foro, contudo ao final compreende que, por esta deliberação e outras decisões já discutidas como a questão das imunidades parlamentares, o STF alcançou a essência da função de congressista e que respeitando-a só pode nascer o foro e sua proteção a partir do momento em que esta função se encontra ameaçada, ou seja, a partir do contexto que se deu o ilícito, quando este for cometido em função do cargo.

Tal posição mais extremada em relação a prerrogativa restou defendida por Celso de Mello que, apesar de ao final seguir o relator, expressamente acredita na completa competência dos magistrados e procuradores de primeira instância para processar e julgar quaisquer autoridades do país, devido ao requisito universal da imparcialidade que os agentes cumprem com seriedade. Dessa forma declarou:

[...] Mas eu no fundo entendo que se impõe a supressão pura e simples de todas as hipóteses constitucionais de prerrogativa de foro em matéria criminal. Entendendo que em regra as autoridades públicas devem também estar sujeitas como os demais cidadãos da república à jurisdição comum dos magistrados de primeira instância, portanto sofrendo acusações penais por parte de membros do Ministério Público que atuam no primeiro grau de jurisdição e também sendo julgados por magistrados de primeira instância.

Eu entendo que nada justifica qualquer eventual temor em relação a membros do Ministério Público e magistrados de primeira instância.³⁰

Por outro lado, os ministros que restaram vencidos manifestaram profundo temor pelo próprio sistema estabelecido pelo constituinte e sua função na democracia, além do bom funcionamento da justiça. O Ministro Ricardo Lewandowski ao se manifestar repisou o fato de haver forte influência de paixões políticas no âmbito regional, citando inclusive a necessidade do

²⁹ Ibidem, STF, 2017.

³⁰ PLENO - Suspenso julgamento sobre foro por prerrogativa de função de parlamentares federais (2/2). Brasília: STF, 2017. (119 min.), son., color. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=-z9n24bv5-s>>. Acesso em: 24 maio 2018.

prefeito ser julgado pelo Tribunal de Justiça, para se retirado de tal ambiente eivado de parcialidade. Para além, afirma:

A meu ver esse sistema é tão sofisticado que mexer numa peça desse sistema pode eventualmente desconcertar o todo. Outro dado desse sistema é que os membros dos Tribunais de Contas dos Estados são julgados pelo Superior Tribunal de Justiça exatamente para que eles possam atuar com independência na fiscalização das contas sejam dos juízes de primeiro grau sejam dos tribunais de justiça estaduais. Porque eles não podem, para bem desempenhar seu mister, serem jurisdicionados destas cortes locais. Da mesma forma os ministros dos tribunais superiores que diariamente ou diuturnamente ou como regra revêem decisões de juízes e cortes inferiores são julgados pelo Supremo Tribunal Federal exatamente para evitar qualquer constrangimento.

No mesmo sentido Gilmar Mendes invoca o respeito à força da constituição que prescinde de qualquer alteração, além de rebater continuamente o fato de que não há evidências do mal funcionamento do Supremo Tribunal Federal frente a atuação da primeira instância. Reforça que a justiça brasileira em primeiro grau não se encontra em bom estado de funcionamento, diz que "para ser ruim, a justiça criminal brasileira tem que melhorar muito"³¹ e para corroborar explicita diversos casos que atuou quando à frente do Conselho Nacional de Justiça.

Por fim, o Ministro Dias Toffoli, também vencido, ao analisar o instituto constitucional sobre os delitos cometidos por agentes públicos afirma:

A par da acirrada controvérsia, sou favorável às regras de prerrogativa de foro, pois entendo que em uma federação complexa e demarcadamente desigual como a brasileira, quem deve julgar as autoridades máximas do país não deve ser o poder local nem as elites policiais, ministeriais e judiciárias local (no caso, os juízes de primeira instância) mas sim um órgão da nação brasileira. A constituição escolheu soberanamente no processo constituinte essa corte, o Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do judiciário do país para desempenhar esse mister.

Importante salientar uma vez mais que a prerrogativa de foro não tem como objetivo favorecer aqueles que exercem os cargos listados, mas garantir a independência do exercício de suas funções, além de evitar manipulações políticas nos julgamentos e a subversão da hierarquia. A prerrogativa de foro tem como objetivo maior assegurar que haja o máximo de imparcialidade nos julgamentos.³²

Sem prejuízo das outras questões deveras importantes trazidas à tona por integrantes da corte, como a instauração de procedimento para súmula vinculante ou ampliação da nova interpretação para as demais autoridades previstas constitucionalmente, até a própria questão da

³¹ PLENO - STF restringe prerrogativa de foro a parlamentares federais. Brasília: Stf, 2018. (151 min.), son., color. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=7AT5OKRNGYM&list=PLippyY19Z47sPuCTu3a5vozcto3FjIStH>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

³² PLENO - Retomado julgamento sobre alcance do foro para parlamentares (1/2). Brasília: Stf, 2018. (112 min.), son., color. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=s_lcb8gX2Ng&list=PLippyY19Z47u2A21T_6KJwSrCtN81VzLo>. Acesso em: 05 jul. 2018.

competência que compõe a decisão em análise, entende-se que a divergência sobre a essência, a finalidade da prerrogativa e seu impacto no processo criminal merece especial foco.

Isso porque, ademais de toda a controvérsia doutrinária já explicitada, foi vista na prática a interação dos argumentos que antes possuíam apenas alto grau de abstração. Constatando-se, inclusive, por diversas vezes nas sessões de julgamento o fato de que não há estudo sólido o suficiente quanto ao funcionamento da justiça criminal no Brasil, seja de primeiro grau ou superior, que sustente uma decisão verdadeiramente confiável.

Dessa forma, para além de convicção pessoal quanto a aspectos sensíveis que abordam a questão, como combate à corrupção e impunidade, os ministros e ministras julgadores fizeram uso de interpretação consequencialista ou social, além de resgatarem importantes quesitos históricos para situar a abrangência que se observa na Constituição Federativa, mas há de se reconhecer que a técnica mais intensamente utilizada no debate foi a interpretação teleológica.

É inquestionável que o elemento mais presente nos discursos utilizados provém da análise quanto a proteção da função congressista com a aplicação do foro e, especialmente, a imparcialidade da persecução penal contra autoridades de grande relevância. A função protetiva do foro como resguardo contra abusos políticos e conchavos oligárquicos no judiciário local, tanto em crimes comuns quanto aqueles relacionados à função, reflete a preocupação jurídica com a instrumentalização do seu processo.

Tratando-se então do questionamento quanto a qualidade da investigação e da possibilidade de interferência de questões políticas no processo jurídico é inevitável considerar a crescente inserção do *lawfare* no quadro atual da política brasileira. Falar em falta de imparcialidade contra agentes políticos, mau uso do aparato judicial e persecução penal para instrumentalização do direito e necessidade de respeito às regras e princípios do ordenamento jurídico é falar em *Lawfare*, o que será tratado em maiores detalhes no próximo capítulo.

2. LAWFARE: CONCEITO E APLICAÇÕES

O segundo conceito que essencialmente permeia o escopo do trabalho é um conceito estrangeiro, mais especificamente um conceito nascido no direito internacional.

Claramente a ideia atual de *lawfare*, aqui trabalhada e empregada no cenário brasileiro, não corresponde ao berço da etimologia deste neologismo. A palavra aqui utilizada é muito mais uma prima distante do que o que primeiramente se viu nos textos que versaram sobre o tema e seus desdobramentos subsequentes.

De acordo com Wouter G. Werner em seu ensaio acerca da evolução do termo, *Lawfare* foi empregado pela primeira vez em 1975 no manuscrito "*Whither Goeth the Law—Humanity or Barbarity*" de John Carlson e Neville Yeomans. Neste contexto, *Lawfare* representava uma crítica à base do direito ocidental, que, para os autores, se sedimentava na acusação, no utilitarismo e no interesse próprio quando na verdade ações processuais, por serem disruptivas da ordem social, deveriam se pautar em princípios orientais como a flexibilidade, o humanismo e o equilíbrio.³³

Curiosamente, após esta definição de *lawfare* encontra-se na literatura uma determinação do termo, concedida também por dois representantes da cultura oriental, diametralmente oposta ao que se estabeleceu anteriormente. Em resumidas e simplificadas palavras, Qiao Liang e Wang Xiangsui ao escreverem o livro *Unrestricted War* entendiam que, à época, se apresentava uma nova realidade mundial, na qual a guerra não estaria dissociada dos períodos de paz e muito menos seria um desdobramento da política. Nesta nova realidade a guerra é uma constante e se desenvolve continuamente em diversos meios como economia, aparato judicial, mídia, etc., considerando, nesse sentido, a política como um instrumento de guerra, subvertendo a lógica usual. Assim, o *lawfare* seria apenas um conceito marginal à tese principal do livro, consistindo em um dos instrumentos de guerra contemporâneos.³⁴

Entrando o início do século XXI, Werner descreve uma nova vertente do *lawfare*, intitulada por ele de *Legalised War*. Neste contexto de desenvolvimento, o conceito de *lawfare* se relaciona principalmente com a autocrítica e a responsabilidade em tomar a guerra, um conflito armado ou até o uso de força letal sob a tutela do direito e, assim, harmonizá-los com os preceitos humanitários.

Dessa forma, *lawfare* não representaria necessariamente uma prática negativa, pelo contrário, apesar de apresentar riscos³⁵, a prática pode vir a ser utilizada também por organismos

³³ WERNER, Wouter G., **The Curious Career of Lawfare**. Cleveland: Case W. Res. J. Int'l L. 61, 2010. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol43/iss1/4>, p.63

³⁴ *Ibidem*, p. 65

³⁵ Interessante dizer que dois dos riscos reconhecidos por Kennedy são ao mesmo tempo complementares e contraditórios. Segundo o autor, o mau uso do *lawfare* e da interseccionalidade entre direito e guerra poderia levar

estatais positivamente, permitindo a contenção de desastres e de violência desnecessária, por meio do direito e procedimentos jurídicos. Citando livremente David Kennedy, nesse sentido, *lawfare* é o manuseio do direito e da guerra em conjunto³⁶.

Contudo, é a partir das definições de Charles J. Dunlap e David Kennedy, acerca da instrumentalização do direito, tanto de forma positiva quanto negativa, que desenvolveu-se em outra direção o estigma quanto à utilização da tática de *lawfare*, cujo cunho é pejorativo em sua essência.³⁷ Esta última categoria, denominada de *Reflexive Lawfare*, na separação didática de Wouter G. Werner, é a que de fato nos interessa.

O *reflexive lawfare* instaura-se nos espaços abertos pelo *legalised lawfare*; em suma, as leis humanitárias que foram criadas para fins legítimos em si mesmos, como conter a violência e preservar a humanidade, abrem espaços nos quais podem ser subvertidas e utilizadas para alcançar outros interesses, principalmente políticos ou militares. Tornando assim o direito e o devido processo legal armas em conflitos militares ou políticos.

Seguindo tal raciocínio é seguro dizer, em outras palavras, que a distorção das normas materiais e formais para persecução de fins de cunho não jurídicos implica a politização do direito. Transformando o processo judicial em um meio para atingir o inimigo, seja ele político ou militar, quebrando a premissa de que o direito seria uma atividade necessária a humanidade, com fim em si mesma para pacificação de um conflito social.

Importantíssimo ressaltar que, ainda que a instauração de processo judicial sem interesse jurídico seja impossível³⁸, a simples acusação de infração legal e tentativa de implementação da disputa jurídica já implica atividade midiática (frequentemente negativa). A cobertura midiática por sua vez abre o debate público e interfere sensivelmente na opinião coletiva, o que pode minar ou

tanto à I) minar a força normativa das leis, pela a utilização exacerbada das leis humanitárias de forma estratégica para ganhar vantagem política/militar ou II) a substituição completa da autoresponsabilidade em decisões concernentes ao uso da força para um cálculo ou julgamento jurídico, transformando decisões pessoais em argumentos abstratos operacionais sob guarda dos princípios legais.

³⁶ KENNEDY, 2006, *apud* WERNER, *op. cit.*, p. 67.

³⁷ WERNER, *op. cit.*, pg. 69.

³⁸ Quanto à aplicação de conceitos processuais civis ao processo penal, como o interesse de agir ser condição da ação, cabe ressaltar a crítica de Aury Lopes Jr. O autor afirma que ao processo penal se impõe o princípio da necessidade, ao contrário do binômio utilidade x necessidade do processo civil, portanto, tanto nos casos de ações de iniciativa pública ou privadas o interesse de agir é inerente a quem tiver legitimidade para propô-la, pois não há outra forma de obter a punição. (LOPES JR., 2016, p. 192)

legitimar uma ação ou uma gestão governamental.³⁹ Tal conduta compõe parte crucial desta modalidade, ou acusação, de *lawfare*, a campanha midiática negativa contra o adversário.

Destaca-se ainda que o autor utiliza a denominação *lawfare* reflexivo, em tradução livre, pelo fato de que, ao associar a utilização do *lawfare* a uma conduta ruim, especialmente por possuir cunho político, o próprio agente acusador está utilizando uma estratégia de cunho político para inferiorizar o pleito do adversário. De tal forma, neste sentido do termo, acusar alguma parte processual de estar praticando *lawfare* é uma forma de praticar *lawfare per se*.

2.1. O conceito e suas controvérsias

Conquanto tenham existido diversas utilizações para a mesma palavra, o sentido que se tornou mais difundido e replicado foi concedido por Major General Charles J. Dunlap, cuja definição pode ser melhor resumida em suas próprias palavras "Apesar de eu ter aprimorado a definição ao longo dos anos, agora eu defino 'lawfare' como a estratégia de usar - ou usar erroneamente - o direito como substituto para os meios militares tradicionais de alcançar um objetivo operacional. Assim, nesse contexto eu enxergo o direito nesse contexto como uma arma." ⁴⁰

Assim, o significado mais replicado do termo resume-se na estratégia de usar, quiçá erroneamente, o direito como substituto para meios militares tradicionais visando a alcançar um objetivo operacional, dessa forma, instrumentalizando o direito como arma.

Como já comentado acima, a partir de tal ideia desenvolveu-se que *Lawfare* remete à ação de utilizar o direito como instrumento para atingir um adversário, especialmente com o foco na intenção de diminuir seu poder em outro âmbito social. Ou seja, trata-se de tornar o direito uma arma para alcançar outros fins que não aqueles pertinentes a apreciação do Poder Judiciário e que são alheios ao genuíno interesse pela melhor resolução da lide. Além disso, compõe parte da estratégia a realização de uma campanha midiática intensa para macular o alvo de ataque.

Seguindo esse viés a professora Doutora Susan W. Tiefenbrun define "Lawfare é uma arma programada para destruir o inimigo usando ou abusando do sistema legal e da mídia com intuito de

³⁹ WERNER, *op. cit.*, pg. 68

⁴⁰ "Although I've tinkered with the definition over the years, I now define "lawfare" as the strategy of using – or misusing – law as a substitute for traditional military means to achieve an operational objective. As such, I view law in this context much the same as a weapon." DUNLAP, JR., Charles J. **Lawfare Today: A Perspective**. *Yale Journal of International Affairs*, 2008, p. 146. (tradução da autora)

incitar protestos populares contra o inimigo." ⁴¹ e complementa "a definição tem sido expandida para incluir manipulações equivocadas do sistema jurídico para atingir objetivos políticos estratégicos ou militares"⁴². Nesta mesma trilha, Michael P. Scharf and Shannon Pagano, afirmam também que "Hoje, contudo, - lawfare é comumente empregado como um rótulo para criticar aqueles que usam o direito internacional e os procedimentos legais para pleitear contra o Estado, especialmente na área relacionada à segurança nacional"⁴³.

Assim, a aplicação corrente do termo perpassa pela noção de politização e instrumentalização negativa do aparato judicial, como se vê ainda no texto de Dale Stephens: "Todas as percepções dividem o entendimento que reconhece que o lawfare está preocupado com a instrumentalização ou politização do direito para atingir um efeito tático, operacional ou estratégico"⁴⁴.

Noutro giro, há quem critique conceitualmente a utilização do vernáculo, posto que a recorrente utilização do termo causa polêmica pela distorção que sofreu e pela etimologia errônea que carrega, fatores que somados produzem uma ausência de significado real. Nesse sentido, Leila Nadya Sadat e Jing Geng expõem que "o termo 'lawfare' é um conceito controverso e ideologicamente carregado como se evidencia pelo seu uso popular"⁴⁵.

Ademais, acerca da carga ideológica e controvérsia conceitual, defendem que a variedade com que se aplica o conceito, indo desde a impetração de *habeas corpus* pelo prisioneiros de Guantánamo até os litígios propostos contra discurso de ódio, aliada à subversão que o conceito aplica quanto ao "Rule of Law" reforçam um debate retórico que substitui uma análise cuidadosa dos eventos e argumentos. Debate este que rui com o respeito pelo processo e pelas leis que

⁴¹ "Lawfare is a weapon designed to destroy the enemy by using, misusing, and abusing the legal system and the media in order to raise a public outcry against that enemy." Tiefenbrun, Susan W. Semiotic Definition of Lawfare. Case W. Res. J. Int'l L., 2010. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/cwrint43&div=7&id=&page=, pg.1> (tradução da autora)

⁴² The definition has been further expanded to include the wrongful manipulation of the legal system to achieve strategic political or military goals" (tradução da autora)

⁴³ "Today, however, —lawfare is most often employed as a label to criticize those who use international law and legal proceedings to make claims against the state, especially in area related to national security" SCHARF, Michael P.; PAGANO, Shannon. **Foreward: Lawfare**. Cleveland: Case W. Res. J. Int'l L., 2010. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol43/iss1/1, p. 2> (tradução da autora)

⁴⁴ "All accounts do share a conception that recognizes that lawfare is concerned with the instrumentalization or politicization of the law to achieve a tactical, operational or strategic effect." STEPHENS, Dale. **The age of lawfare**. International Law Studies, 2011, p. 327. (tradução da autora)

⁴⁵ "the term 'lawfare' is a contentious and ideologically charged concept as evidenced in its contemporary, popular usage". SADAT, Leila Nadya; GENG, Jing. **On Legal Subterfuge and the So-Called "Lawfare" Debate**. Case W. Res. J. Int'l L., 2010. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol43/iss1/9>. (tradução da autora)

deveriam ser aplicadas de forma igualitária a todos para evitar o desmantelamento jurídico pelo político.

Para além destas, outra crítica possível, desta vez à prática do *lawfare*, se baseia em dois rótulos depreciativos fundamentais. Diz-se que para alcançar tais efeitos ofensivos ao alvo da acusação duas condutas reprováveis sobressaem pelos praticantes desta forma de combate: I) o fato de que o manipulador que está utilizando do direito para atingir o adversário está lutando de forma baixa e covarde, corolário da presunção de que tal agente não possui força suficiente para enfrentar o adversário no devido campo de batalha (seja físico, no caso militar, ou político); e II) na hipocrisia da agente, que dissimula suas reais intenções se passando por cidadã ou instituição exemplar que está apenas cumprindo o seu papel de reportar situações criminosas cometidas por um indivíduo ou uma coletividade que acontece de ser seu adversário.⁴⁶

Visto que nem tudo é consenso entre os investigadores e as acadêmicas que estudam a prática, como também acontece quando se trata de qualquer outro conceito, existem tantas séries de críticas que podem ser feitas à definição de *lawfare*, à sua prática, mas inclusive ao repúdio da prática.

O juízo que parece mais notável, e ficará ainda mais evidente quando analisada em casos concretos, é o que se faz ao fato de que a acusação de *lawfare* representar uma espécie de argumento *ad hominem*. É de se observar que os críticos ao *lawfare*, quando acusam o outro lado da disputa de estar utilizando esta estratégia desviam a atenção do substrato legal que está sendo pleiteado e a direciona para fatores específicos relativos apenas à pessoa ou instituição em si. Dessa forma, a acusação de *lawfare* cumpre a função retórica, de qualquer argumento *ad hominem*, de retirar a atenção sobre o que está sendo dito para depositá-la sobre o caráter de quem está falando.⁴⁷

Em segundo lugar, trazendo para o cerne da discussão o fato de *lawfare* ser uma prática com planejamento orientado atrás de argumentos jurídicos então é de se concluir que qualquer disputa legal poderá ser tida como *lawfare*. Retirando um pouco o conceito do cenário internacional e ao se tratar de disputa dentro do Estado, a grande questão recai, na verdade, sobre o fato de acreditar-se na legitimidade da alegação pretendida porque acusar alguém de estar sendo malicioso simplesmente por estar litigando em uma causa específica significa dizer que o direito não deveria abarcar tal área.⁴⁸

⁴⁶ LUBAN, David. Carl Schmitt and the critique of lawfare. Case W. Res. J. Int'l L., v. 43, 2010, p. 458-459.

⁴⁷ Ibidem, p. 460.

⁴⁸ Ibidem, p. 462.

Por fim, mais uma crítica passível de se fazer está intrinsecamente ligada a percepção quanto a qualidade do que é político. Apesar de ser uma discussão com profundidade muito além do que se propõe aqui é fácil perceber que para que a acusação de *lawfare* seja efetiva no sentido de demonstrar uma ação perniciosa é preciso que a classificação de algo como "político" seja encarada como negativa. Nesse sentido, David Luban ao criticar o *lawfare* e inserir a teoria de Carl Schmitt para tal, diz:

That is what Schmitt means by saying that —the polemical character determines the use of the word political. Even the word *political* is political: we use it to smear and undermine the claims of our adversaries. —Terminological questions become . . . highly political. Then, after denouncing the scientists' defense of themselves as political, we will continue to slime them, and try as hard as we can to get them fired, defunded, and silenced.⁴⁹

Dessa maneira, retomando o *Reflexive Lawfare* de Wouter Werner, a acusação da prática de *lawfare* encerra em si mesma uma prática de introduzir a política no direito e assim deslegitimar uma reivindicação intitulando-a como política, utilizando uma desavença política para tal.

De qualquer forma, ainda que o conceito não esteja perfeitamente trabalhado havendo tantas digressões, o próprio Dunlap, maior expoente sobre o tema, em sua última declaração sobre, em 2015, retifica a definição de Lawfare e adiciona que:

While the description of lawfare ("the strategy of using or misusing law as a substitute for traditional military means to achieve an operational objective") used in the 2009 article still resonates, it has evolved over the years. Recent developments suggest that perhaps a further adjustment is in order. One expression might be to simply identify lawfare as the use of law as a means of accomplishing what would otherwise require the application of force, or as a means of facilitating the same. So defined, the utility of the term lawfare can extend to circumstances that may not always amount to "war" or, as many prefer, "armed conflict."⁵⁰

Assim, reconhecido o fato de que *lawfare* não é apenas um instrumento de guerra, mas que em verdade se diversifica em variados meios de ação que permitem a diminuição da utilização de força (não necessariamente física) e do embate, nos mais diversos âmbitos, é que se pretende agora realizar o paralelo com o contexto brasileiro.

⁴⁹ *ibidem*, p. 466.

⁵⁰ DUNLAP JR., Charles J., *Lawfare in: NORTON MOORE*, John; TURNER, Robert F. (orgs.). **National Security Law**. Durham: Carolina Academic Press, 2015, p. 823-838.

2.2. Representação na mídia brasileira

Trazendo o conceito examinado acima, importa encaixá-lo na trama política e jurídica que toma conta do país, visto que suas aparições aqui não remetem a perigo de guerra ou existência de conflito armado enfrentado pelas Forças Armadas do Brasil.

O que se percebe no Brasil atualmente, diga-se de passagem, é uma vultuosa força tarefa do Ministério Público e da Polícia Federal que por meio do Poder Judiciário afeta a estrutura política do país e a força dos poderes Executivo e Legislativo de uma forma nunca antes vista na história nacional.

Para além de simpatizantes e críticos, é impossível negar que a Operação Lava Jato é um acontecimento com impacto suficiente para mudar o curso do país, o que acontece muitas vezes da noite para o dia, por meio de ações investigativas policiais, com cumprimento de buscas e apreensões, ou pela comoção nacional gerada em torno de medidas requisitadas por Procuradores da República ou, principalmente, daquelas deferidas em liminares e sentenças, as quais são amplamente veiculadas pelos meios de comunicação com riqueza de detalhes.

Nessa época em que julgamentos processuais, especialmente os penais, tornam-se entretenimento popular é crucial destacar o importante papel que a mídia e a imprensa representam, porquanto a opinião pública não se molda sem informação e a informação não se transmite sempre por meio de um processo comunicativo neutro.

Nesse sentido, a neutralidade com que noticiários apresentam acontecimentos e, inclusive, a própria pauta dos grandes informativos são analisadas e postas em xeque. Se vê abandonada a crença no ideal liberal segundo o qual a imprensa é fiscalizadora do poder e parte-se para compreensão de qual forma a imprensa começa a determinar a forma que o poder vai agir⁵¹ ou ainda o quanto ela está presente nas determinações das autoridades⁵².

Para não nos alongarmos em assuntos tangenciais, propõe-se apenas uma última crítica à execução da cobertura midiática, a qual me permito fazer por lealdade à convicções pessoais. Jesse Souza, no seu livro "A Elite do Atraso: da Escravidão à Lava-Jato", propõe reescrever a história e etimologia brasileira, antes então pautada principalmente pelo ensinamento de Gilberto Freyre.

⁵¹ GOMES, Marcus Alan de Melo. **Mídia, poder e delinquência**. 2016. Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/backup/midia-poder-e-delinquencia/>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

⁵² PRASS, M. A. ; FAUSTO NETO, A. . **Pensamento Comunicacional da Lava Jato: Fragmentos de Leitura do Juiz Sérgio Moro**. In: XL Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação. Curitiba: Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação, 2017.

Não adentrando no mérito do sucesso geral da empreitada, há de se reconhecer que os elementos racial e social têm presença marcada e muito bem delimitada nesta história, que se vê influente nos aspectos sociais mais modernos. No que tange ao papel da mídia, das elites e da espetacularização do processo penal o professor disserta:

A servidão da classe média e de suas frações mais conservadoras à elite, que as explora e as usa para a reprodução de seu poder cotidiano, é conseguida por meios simbólicos. Em vez do cassetete da polícia, temos aqui a manipulação midiática das necessidades de autolegitimação da classe média transmutadas em defesa da moralidade estreita da suposta corrupção patrimonialista. A crítica da imaturidade das classes populares sob a forma do populismo fecha o pacote do acordo transclassista que se une contra qualquer forma de ascensão popular verdadeira⁵³.

Por esse ângulo, entende-se o papel do recorte de classes na disputa por poder social, dentro da dinâmica brasileira. Vê-se que essa manifestação do recorte acontece especialmente nas formas que se dão por meio simbólico, tal qual a pauta midiática e assim é perceptível que as formas de se comunicar e o que se comunica também são questões sujeitas às concepções de poder e quem o detém.

Com tais ressalvas em mente, podemos prosseguir então para o que se tem de existente quanto ao termo em questão na mídia digital brasileira. Cientes de não haver neutralidade ou verdade absoluta no acesso a informação e, especialmente, que a própria construção da informação perpassa pela necessidade de manutenção do poder e que a análise do conteúdo repassado pelos meios de comunicação podem servir de termômetro para a postura da população em relação aos fatos.

Pois bem, em maio de 2018, realizando uma breve pesquisa pelo termo Lawfare na aba de notícias do mecanismo de pesquisa mais utilizado no Brasil⁵⁴, Google.com.br, são encontrados 593.000 (quinhentos e noventa e três mil) resultados relacionados à questão em 0,28 segundos.

Claramente este dado não é de muita relevância ao presente estudo, tendo em vista a existência das mais diversas temáticas encontradas na busca, que em sua maioria dizem respeito à notícias internacionais desvinculadas do momento nacional.

Assim, associando o termo à terminologia brasileira intrínseca ao tema vê-se sensível alteração dos resultados, pois ao buscar conjuntamente as palavras "Lawfare" e "Direito" aparecem

⁵³ SOUZA, Jessé. A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato / Jessé Souza. - Rio de Janeiro: Leya, 2017. p. 176

⁵⁴ Segundo notícia veiculada no portal de notícias G1, disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2013/07/com-85-de-participacao-google-e-o-buscador-mais-usado-no-brasil.html> acessada em: 25/10/2017

36.500 resultados numa fração de 0,29 segundos. Ao associar o termo em questão à palavra "política" tem-se um total de aproximadamente 75.100 resultados, obtidos em 0,38 segundos. Por fim, relacionando Lawfare com o país de onde falamos, o quadro de resultados exhibe aproximadamente 75.300 resultados em 0,32 segundos.

Dentre os veículos de comunicação que repetidamente aparecem em tais resultados de buscas encontram-se sites como Carta Capital, Jornal GGN, Brasil 247 e Jornal do Brasil. Há de se reconhecer uma vertente ideológica similar no discurso dos sites apresentados (como em qualquer outro meio de comunicação quando realizada uma análise mais detida), contudo também não se pode desconsiderar a relevância da existência de tais mídias e, mais precisamente, das manchetes que reproduzem o conteúdo.

Aumentando a lente de precisão da análise, buscou-se observar o que de relevante tem aparecido e sido discutido no mundo jurídico à respeito do tema, motivo pelo qual foram eleitos três sites de notícias e conteúdos especializados em direito, os quais pela significativa circulação nacional provam sua importância, são eles Migalhas⁵⁵, Jota⁵⁶ e Conjur⁵⁷.

No primeiro destes, quando da pesquisa pelo termo Lawfare na área dedicada a tal finalidade, surgem três resultados, uma notícia datada de janeiro de 2017, intitulada como "Delegado diz que perdeu 'timing' para prender Lula e defesa alega perseguição"⁵⁸, um artigo intitulado "Três faces do autoritarismo: estado policial, direito penal do inimigo e lawfare" e um informativo. Seguindo o mesmo padrão, no sítio Jota, as duas notícias encontradas⁵⁹ pela perquirição do tema dizem respeito aos casos do ex-presidente Lula, tanto na Operação Zelotes⁶⁰ como na Operação Lava Jato, e a alegação da defesa sobre a utilização do direito para alcançar fins puramente políticos.

Curiosamente, no último sítio eletrônico dos quatro escolhidos como termômetro para a discussão é que se encontra a maior quantidade de conteúdo relativo ao presente interesse. Ao todo

⁵⁵ <http://www.migalhas.com.br/>

⁵⁶ <https://jota.info/>

⁵⁷ <https://www.conjur.com.br/>

⁵⁸ Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI251864,91041Delegado+diz+que+perdeu+timing+para+prender+Lula+e+defesa+alega> Acessado em: 25 out. 2017

⁵⁹ Disponível em: <https://jota.info/justica/lula-e-reu-pela-7a-vez-19092017> e <https://jota.info/docs/leia-integra-da-decisao-que-transformou-lula-e-odebrecht-em-reus-13102016> Acessado em: 25 out 2017

⁶⁰ Operação deflagrada em março de 2015 para investigar suposto esquema de corrupção, organização criminosa e sonegação fiscal envolvendo compra de decisões no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). De tal panorama, a investigação evoluiu no seu decorrer para a apuração de possível negociação ilícita quanto a viabilização de medidas provisórias em favor de grupos empresariais determinados e investigados.

são 25 apontamentos, publicados desde 10/10/2016 até o mais recente em 26/05/2018. As notícias envolvem principalmente pronunciamentos da defesa do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, questões do caso de Anthony Garotinho, alguns artigos e uma coluna escrita pelo Ilustre professor e advogado Lênio Luiz Streck, a qual chama atenção de forma singular.

A referida coluna se destaca por dois motivos muito simples: primeiramente por ser ela recente e, portanto, mais adequada, afastando o fantasma do anacronismo que paira levemente em relação a alegações realizadas em 2016; em segundo lugar, porque é pelo discurso ali construído que se verifica exatamente o quadro instalado no Poder Judiciário brasileiro que se pretende averiguar.

Após enumerar 6 razões que o levaram a escrever a coluna que aqui se expõe, Lenio Luiz Streck (2017), citando o Major Charles J. Dunlap (2015), define *lawfare* como "o uso ou mau uso do Direito como substituto de meios tradicionais para que se atinja um objetivo operacional" e, assim classificando-o, diz:

Ou seja, cruzando os dados (e os dedos), transformamos o direito em *lawfare*: autoridades usam-no — consciente ou in conscientemente — para fins morais e políticos (nem discuto a boa ou má intenção dos objetivos morais). *Eis a tempestade perfeita...*⁶¹

E mais, referindo-se ao aniversário de 29 anos da Constituição da República, afirma o jurista que não fazemos mais direito, mas apenas praticamos *lawfare*. Isto porque a dominação do direito pela moral, pela política e pela economia permite a transformação do direito em mero instrumento por parte de céticos e torcedores, uma vez que estes não se importam com princípios e aqueles não acreditam que eles existam.⁶²

Continuando, o tom final da opinião crítica, no qual baseio a avaliação dos casos a seguir apresentados é dado pelo enxerto:

Céticos e torcedores, querendo ou não, praticam *lawfare*, porque usam o Direito para fins políticos e morais (e econômicos). Direito, para eles, é guerra. Vale a tática “amigo-inimigo”. Primeiro julgo, depois procuro entender porque isso foi feito. Ceticismo, pragmatismo e coisas desse gênero são condição de possibilidade e, ao mesmo tempo, consciente ou inconscientemente, os maiores aliados do Direito enquanto teoria política do poder. O *establishment* agradece. Ou os manipula.⁶³

⁶¹ STRECK, Lênio Luiz. **Ainda podemos indagar por quê ou até isso é obstrução da justiça?**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-12/senso-incomum-ainda-podemos-indagar-ou-isso-obstrucao-justica#sdfootnote1sym>>. Acesso em: 25 out. 2017.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ *Ibidem*.

Dessa forma, é perceptível que há recentemente no espaço midiático brasileiro o reconhecimento quanto ao uso do *lawfare* nas cortes do país, bem como seu cabimento no cenário político, jurídico e investigativo. Percebe-se não só pelo crescente número de palestra e seminários que abordam o tema nos últimos tempos de forma academicista, mas também pelo sentido em que têm sido apresentadas as defesas de réus investidos de cargo público eletivo legislativo, mais precisamente, os indivíduos que representam figuras importantes no banco de réus da Operação Lava Jato. Vejamos.

2.3. Aplicação no cenário jurídico-político atual

Um dos mais emblemáticos casos em que o conceito em questão foi aplicado consiste no processo contra o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva na Operação Lava Jato, que corria na 13ª Vara Federal de Curitiba. Condenado em primeira instância a 9 anos e 6 meses de reclusão por incursão nos crimes de lavagem de dinheiro e corrupção passiva, no caso conhecido como "caso do triplex do Guarujá", o réu permaneceu com a sentença condenatória confirmada pela 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em 24/01/2018, tendo o *quantum* majorado para 12 anos e 1 mês com cumprimento de pena em regime inicial fechado.

Quando do momento de suas alegações finais, a defesa do ex-presidente reservou tópico específico para tratar da questão, no qual afirmava que a ação penal instaurada contra o ex-presidente possuía cunho político por de trás de manobras jurídicas. Para respaldar tal posicionamento afirmava estar a *narratio facti* "dissociada da realidade para comprometer-se com uma ideologia deturpada, de acusações genéricas e sem lastro probatório", além de ter sido oferecido um espetáculo para a imprensa quando da apresentação da inicial acusatória pelos seus subscritores.

Para dar às tais acusações a defesa aponta o que para ela seriam violações sistemáticas a direitos e garantias constitucionais e legais, as quais apenas poderiam ocorrer em contexto de guerra cujo projeto político delineado vai de encontro ao que o ex-presidente representa no cenário brasileiro, visando à eliminação da vida pública de Lula a partir da persecução penal *in judicium* e *extra judicium*.

Foram alegados como meios de execução de *lawfare* a coletiva de imprensa concedida por integrantes do Ministério Público componentes da força tarefa Lava Jato⁶⁴, na qual caracterizaram Lula como "um general em crime de guerra" que "pratica crimes a partir de seu gabinete" e a privação de liberdade por meio da condução coercitiva sem embasamento legal com propósito de atingir a dignidade do ex-presidente.

A defesa destacou ainda ações como: interceptações telefônicas de seus terminais e de familiares; interceptações alegadamente ilícitas de terminais telefônicos de seus advogados, um pessoal de celular e o principal ramal de um dos escritórios mais especificamente; divulgação indevida de interlocuções privadas, envolvendo inclusive cliente e defensor; vazamento seletivo de trechos descontextualizados; incontáveis buscas e apreensões e manifestações por parte do juiz da causa colocando-se claramente como juiz-acusador.

Quanto às acusações realizadas sobre criminalização política, o juiz da causa, Sérgio Fernando Moro, se manifestou⁶⁵ no sentido de que a Lava Jato não condena com base em opiniões políticas, além de que o protagonismo não deve residir no processo, que por si é consequência natural da investigação, mas sim nos réus que cometeram crimes. Afirmou ainda que estava apenas acatando requisições do Ministério Público, inclusive decidindo muitas vezes de forma mais branda que o solicitado de sua atuação.

Por sua vez, em 14 de março de 2017, o então Procurador-Geral da República, circulou e-mail por entre a comunicação interna da Procuradoria-Geral da República para seus colegas e servidores, se defendendo da acusação de criminalizar a política e salientando que, o que se apresentaria seria por certo o desafio de o Ministério Público se manter imparcial frente a embates político-partidário e manter também a coesão institucional.⁶⁶

Outro caso em voga sobre o assunto é o do ex-governador Anthony Garotinho, condenado na Operação Chequinho a 9 anos, 11 meses e 10 dias de reclusão, por liderar esquema de troca de Cheque Cidadão por votos em Campo dos Goytacazes, no pleito de 2016. A defesa do ex-governador, antes do julgamento condenatório, havia impetrado *Habeas Corpus* no TRE e no TSE

⁶⁴ Em 14/06/2016, a Força Tarefa da Lava Jato no Ministério Público convocou uma coletiva de imprensa para explicar a denúncia contra o ex-presidente Lula. O evento repercutiu em massa na mídia, como se vê na notícia disponível em: <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/09/mpf-denuncia-lula-marisa-e-mais-seis-na-operacao-lava-jato.html>.

⁶⁵ Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/lava-jato-nao-processa-nem-condena-por-opinioes-politicas-diz-moro-em-ny.ghtml>

⁶⁶ Íntegra do comunicado disponível em: <https://www.jota.info/justica/janot-lava-jato-nao-quer-criminalizar-a-politica-14032017>

alegando cerceamento por conta de decisão do juiz Ralph Manhães da 100ª Zona Eleitoral de Campos que negava a execução de diligências requeridas pela defesa.

Para além do indeferimento das diligências, o procurador de Garotinho também sustentou perseguição política e ausência de imparcialidade do magistrado por ter este determinado o prazo de 5 dias para apresentação de alegações finais, fazendo-o por meio de despacho proferido fora dos autos, vez que não estava com o processo físico em gabinete e, principalmente, ordenando a manifestação defensiva sem o resultado das diligências conquistadas em sede de HC no Tribunal Regional Eleitoral e sequer havendo o parecer do Ministério Público sobre elas.

Ademais, no remédio constitucional, a defesa arguiu que o magistrado prezava pela celeridade da causa em detrimento das garantias processuais penais e o fez desconsiderando o resultado das diligências que, pelo que se demonstrava, não influenciariam no julgamento proferido.

67

Por fim, para findar com os exemplos práticos, existe em sentido parecido a manifestação defensiva do senador Edison Lobão na resposta à acusação apresentada no bojo do inquérito 4.326/DF, o qual investiga a arrecadação de vantagem indevida dos cofres da Petrobrás, por meio de contratos firmados no âmbito da Diretoria de Abastecimento e da Diretoria Internacional, assim como da subsidiária Transpetro.

Não há no procedimento em questão a expressa alegação da prática de *Lawfare*, contudo, em sentido confluyente a defesa destina tópico específico para destrinchar a "indevida criminalização da política", no qual expõe principalmente a atuação social e política do Ministério Público.

Nesse sentido, os subscritores resgatam a história da política brasileira para argumentar que o que se verifica atualmente é a reinstauração de uma crise representativa na política nacional, de onde decorre um desequilíbrio na tripartição dos poderes que se agrava com o surgimento de novo personagem na história da República, o Ministério Público. Sustentam que há um "redimensionamento do sistema de freios e contrapesos" enquanto trava-se uma luta para o preenchimento de espaços abertos em razão da crise de legitimidade instaurada no poder executivo e dos ataques criminalizadores realizados ao poder legislativo, em meio à volatilidade dos acontecimentos políticos.

Pois bem, de acordo a defesa de Lobão no centro da controvérsia reside o importante papel do Ministério Público que promove campanhas publicitárias nas quais incentiva o recrudescimento

⁶⁷ A íntegra da peça processual pode ser encontrada em: <https://www.conjur.com.br/dl/ex-governador-rio-anthony-garotinho.pdf>

do direito penal e maximiza punições e o encarceramento sob o disfarce de medida eficaz no combate contra à corrupção. Nesse sentido, apontam que o Ministério Público, enquanto seja respeitável organização democrática, tem sido também agente político de pressão.

De forma positiva, retrata-se o MP como grupo politicamente organizado, detentor de demandas legítimas, interesses republicanos e orçamentos a serem discutidos no Congresso Nacional com representantes eleitos ocupando cadeiras para naturalmente defenderem e representarem seus eleitores, como em qualquer sistema político.

Considerando esta última visão trazida, torna-se perceptível a extrema relevância da reflexão quanto a parcialidade das instituições participantes nos processos judiciais brasileiros, especialmente em relação às motivações e justificativas que embasam os trâmites processuais, posto que a partir delas que serão levantadas suspeitas quanto a legitimidade jurídica da persecução processual ou a desconfiança de influências políticas.

Ainda, acerca do fato de o *lawfare* afetar o sistema judiciário e a política de forma recíproca e de igual intensidade destrutiva, David Luban descreve mais cuidadosamente porquê este problema corroi a legitimidade processual e jurídica. Segundo o autor, disputas na justiça não devem ser embasadas simplesmente no desejo das partes, o que se verifica é que o fundamento legítimo da ação transcende a noção simples de que tal resultado deve me ser entregue porque "eu tenho vontade", mas deve ser um resultado obtido porque "eu tenho direito a ele".

Contudo, é exatamente contra esta forma de concretizar o Direito que a prática do *lawfare* atua, assim como atua também a simples acusação ao "adversário" de estar praticando *lawfare*, como já mencionado. Claramente é reservado um certo grau de ceticismo quanto à neutralidade política que se propõe o direito, em todos seus aspectos, como a legislação, o acesso às instituições, a proposição de ações, a interpretação judicial e a própria aplicação da lei, mas é com a introdução intensa da política no direito que se tornam mais evidente as falhas jurídicas em cumprir com a atuação neutra esperada.⁶⁸

⁶⁸ LUBAN, *op. cit.* p.3

3. ATUAÇÃO JUDICIAL: responsabilidade política, imparcialidade jurídica, foro privilegiado e *lawfare*.

Diante do cenário instaurado na realidade brasileira, entre a forte presença política no âmbito judicial e a baixa efetividade da jurisdição especial, é de se reconhecer que realmente há certas engrenagens que não estão em perfeito funcionamento na estrutura política e jurídica do país. É notável que as instituições nacionais que possuem o poder para rearranjar os rumos do país se movimentam no sentido de prezar pelo que acreditam ser o melhor para a nação, ao mesmo tempo em que o povo brasileiro se mostra cada vez mais politizado e crítico.

Dentro da multiplicação de ações que emergem na conjuntura para enfrentar a crise política, que vão desde proposta de emenda constitucional, projetos de leis, promoções públicas de campanhas pela moralidade e contra corrupção e exercício intenso da jurisdição em crimes relativos a agentes políticos, a decisão de restrição na interpretação constitucional do foro privilegiado se destaca pela sua dualidade inerente e eficiência duvidosa.

Muitas questões podem surgir do novo paradigma criminal instaurado pelo STF, como as suscitadas nas sessões de julgamento quanto a efetividade da questão em realmente melhorar a funcionalidade dos processos para alcançar uma prestação jurisdicional mais rápida e efetiva em crimes que não sejam cometidos em razão da função e, portanto, não precisam proteger o agente delitivo, levantadas principalmente pelo Min. Gilmar Mendes.

Outra manifestação que precisa da importância é aquela trazida pelo Min. Alexandre de Moraes quando questiona se a proteção que decorre da prerrogativa do foro se extingue com a jurisdição especial apenas em casos de crimes cometido em razão da função. Em outras palavras, válido ponderar se não seria possível imaginar a utilização do *lawfare* com base em crimes vis que atacam não a função, mas a própria essência de quem o exerce, colocando em dúvida a decência ou características humanizatórias do agente.

Indo ainda mais adiante, parece legítimo investigar ainda se a própria proteção do foro, unanimemente reconhecida pelo plenário do Supremo, encontra razão de ser em um sistema marcadamente desigual como o sistema penal brasileiro que não atinge igualmente todos os cidadãos da república, seja na primeira, seja em última instância.

Contudo, além dos quesitos levantados, o que realmente incumbe a este trabalho investigar é se a premissa basilar do foro, a crença de que a atuação jurisdicional superior, por ser mais distante,

é mais isenta para proclamar o veredicto sobre as grandes autoridades do país, sem se atingir por questões que não sejam as de direito suscitadas nos processos.

Para tanto, importa analisar se os mecanismos jurídicos à disposição da batalha pela moralidade são realmente aqueles que devem ser empregados em casos de julgamento envolvendo pressões políticas antagônicas. Como se vê, na prática o limiar entre direito e política pode se esvaecer em meio a polêmicas que confundem os limites de atuação de cada um, dificultando a delimitação de responsabilização e a legitimidade sancionadora de cada um.

3.1 Responsabilização política e responsabilização penal

A responsabilização, seja criminal ou política, é imperativa quando há lesão a regras constitucionalmente estabelecidas. Do ponto de vista consequencialista do direito, é a responsabilização e a punição que validam a força e a legitimidade da própria constituição. Porém, a forma de responsabilização do agente que ofende o ordenamento jurídico pátrio pode variar sensivelmente quanto à esfera julgadora ou, ainda que num âmbito só de avaliação, varia também de acordo com o discurso fático, social e técnico construído para o caso.

Nos ensinamentos de Nathália Zampieri é necessário reconhecer que direito e política são campos diversos, se estabelecem por princípios diversos e perseguem objetivos diferentes, mesmo que possam ser parecidos ou convenientemente os mesmos, em algum momento.

O conceito de responsabilidade política não encontra uma definição padrão na literatura jurídica. Enquanto pode ser definido *lato sensu* abarcando a responsabilidade jurídico-criminal quando direcionada a agente político é possível também encontrar autores que defendam sua aplicação apenas em sistemas parlamentaristas. De acordo com a definição assumida no presente texto acredita-se ser possível enxergar a aplicação dos conceitos no sistema político brasileiro vigente, o que se tornará evidente ao longo da explicação.

Dessa forma, quando se fala em responsabilidade política fala-se em um dever de prestar contas, intrinsecamente ligado ao princípio do Estado Democrático de Direito, ainda que pressuposta certa discricionariedade no processo de tomada de decisão e da atuação política. Suas sanções levam em consideração os valores políticos e se consolidam em rupturas ou perturbação das relações de confiança.⁶⁹

⁶⁹ ZAMPIERI, Natália. **Criminalização da Política e Politização da Justiça**. Fortaleza: Revista do Programa de Pós-graduação de Direito da Universidade Federal do Ceará, 2014. p. 369

Nota-se, portanto, que a responsabilização política não necessariamente está relacionada à execução de condutas ilícitas, é plenamente possível que a retirada da confiança outorgada ao agente político se dê apenas pelo mal desempenho das funções públicas. Assim, a responsabilidade política encontra-se baseada no princípio da confiança e suas sanções relacionam-se com o critério da oportunidade.⁷⁰

Acerca do critério da oportunidade, Díez-Picazo, entende que as sanções de natureza política não precisam se pautar estritamente na moralidade ou na legalidade, posto que a atuação política pode ser a um só tempo moral, legal e inoportuna ou imoral, ilegal, mas oportuna. Dessa, forma, sendo o ato do governante ou parlamentar contra os critério morais e jurídicos, pensa-se na incidência responsabilidade penal, mas sendo a atuação oportuna não há que se falar em responsabilidade política.⁷¹

Ainda que não haja consenso quanto ao termo e sua amplitude, uma classificação encontrada na doutrina permite determinar a responsabilidade política em três tipos: institucional, difusa e institucional livre. O que viabiliza a compreensão da sua aplicação e conformidade com a situação fática que se apresenta nos diferentes sistemas e contextos.

Nessa linha, por responsabilidade institucional, entende-se "o poder de reprovação que um órgão do Estado possui perante outro, podendo culminar na cessação ou na demissão do titular do órgão, cujas funções foram exercidas de modo reprovável."⁷² Tem-se como exemplo as moções de censura e confiança existentes no sistema de governo parlamentar.

O conceito de responsabilidade difusa por sua vez é mais amplo e se identifica em qualquer sistema político. Consiste na responsabilidade que se propaga pelos meios de comunicação informais, como a mídia em geral e a comunicação social. São as notícias, relatos e opiniões reproduzidos para e pela sociedade, que impactam a imagem do político ao qual se atribui responsabilidade pela má gestão e que moldam o comportamento eleitoral sancionador.⁷³

Por último, Giuseppe Rescigno, introduz o conceito de responsabilidade política institucional-livre, que consiste em "críticas apontadas espontaneamente pelos políticos influentes e da amplificação de tais críticas por meio de campanhas de deslegitimação apoiada pelos meios de

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 370-71

⁷¹ Díez-Picazo, 1996 *apud* Zampieri, *op. cit.*, p. 375-76

⁷² Zampieri, *op. cit.*, p. 372

⁷³ *Ibidem*, p. 372

comunicação em massa"⁷⁴. De tal forma, esta classificação de responsabilidade política atinge o alvo político, de forma indireta, pelas críticas veiculadas que se condensam em eventuais negativas populares e, principalmente, em repreensões partidárias e institucionais.⁷⁵

Conquanto defenda-se na doutrina que esta última classificação de responsabilidade política esteja presente apenas no sistema parlamentarista, salta aos olhos sua relação com o cenário brasileiro atual, haja vista este incluir a retirada de parlamentares em comissões pelos próprios partidos, a troca consecutiva de Ministros de Estado por associação a práticas pouco prestigiadas ou por discursos escusos, além de ações de flagrante repreensão política decorrentes de quebra ou enfraquecimento das relações de confiança pela prática de atos e falas inoportunos.

Constata-se então sanções políticas praticadas em parte graças à motivação e ao suporte criado pelas campanhas propagadas nas mídias sociais e jornalísticas de rechaço político a figuras públicas apontadas por colegas, opositores ou outras autoridades como infratores da lei. E por tal cenário, é preciso atentar por conseguinte que tais acusações fundamentam a opinião pública e moldam a imagem coletiva compartilhada pela população, cujo posicionamento motiva sanções políticas.

No que tange à responsabilidade jurídica e penal, em teoria, é impossível conceber que esta seja tratada de forma relativa, como se percebe na responsabilidade política quanto ao critério de confiança e oportunidade. Na esfera jurídica os fundamentos autorizadores de sanção necessitam categoricamente da verificação de uma conduta previamente descrita em lei como ilegal e devem ser rigorosamente observados, sob pena de colocar em risco a força da ordem jurídica.

Ademais, a responsabilização penal imprescinde também da constatação de lesão a bem jurídico tutelado e previsão de pena criminal, não havendo de ser infligida ou negada apenas por meros critérios de conveniência ou por acordos sociais, como se verifica na política. Ao contrário, no direito pautam-se as sanções no critério da legalidade.

Pois bem, ainda a teoria pareça capaz de delimitar a diferença entre tais institutos, como em qualquer área que não as ciências exatas e da natureza, vive-se momentos e situações em que a análise dos critérios se confundem. Tratando-se de questões e transformações sociais, mais enfaticamente percebidas em momentos de crise, o equilíbrio entre os tipos conceituais na prática se torna turvo e a noção de representação de cada esfera, distorcida.

⁷⁴ Rescigno, 1988, *apud* Zampieri, *op. cit.*, p. 372

⁷⁵ Zampieri, *op. cit.*, p. 372

Na prática, atualmente algumas atitudes jurídicas tem sido mais denunciadas pelos defensores das garantias processuais penais como instrumento de manipulação indevida do processo penal, são elas: mandados de busca e apreensão com base em denúncias anônimas, conduções coercitivas supostamente feitas "à revelia da lei", a banalização de prisões cautelares, prisões preventivas que perduram por tempo desarrazoado e, principalmente, o uso do encarceramento como mecanismo de coação para uma cooperação com as investigações, na forma da delação premiada.

Nesse sentido, a parcela de críticos à forma que se tem conduzido processos criminais que tratam de agentes políticos e sua responsabilidade penal é composta por advogados renomados, procuradores e sub-procuradores da República, magistrados e, principalmente, acadêmicos e pesquisadores, que reclamam da influência do discurso da impunidade veiculado para o povo que, movido pela insegurança, demoniza a política e a defesa das garantias legais e processuais a esses atores, reformulando a opinião pública e a percepção do melhor direito.

Salta aos olhos a crítica elaborada acerca do excesso nas denúncias jurídicas imbricadas em análises televisivas, que tratam de temas extremamente técnicos sem a devida exploração crítica do tema, deixando para o público impressão leviana, negativa e muitas vezes oposta da que realmente se vive na prática jurisdicional. Situação que por sua vez disseminam a desconfiança nas instituições democráticas, como se percebe pelo decréscimo percebido no ano de 2017 no Índice de Confiança na Justiça⁷⁶.

3.2 Criminalização da política e Politização do Judiciário como consequência da confusão político-jurídica introduzida pelo *lawfare*

É neste cenário que se discute a chamada criminalização da política e a politização do direito, que o *lawfare* acarreta. É principalmente abordada a questão da corrupção e de grandes escândalos criminais por agentes políticos devido a centralidade que tais temas alcançaram no debate brasileiro e pelo seu impacto em outras áreas sociais.

É de reconhecer que quaisquer ações limítrofes na dualidade direito e política forcem o julgador a considerar questões além do estritamente legal e jurídico. Em outras palavras, ainda que o discurso jurídico se apresente regular em sua forma e formalidade características, embasado em

⁷⁶ RAMOS, Luciana de Oliveira et al. **Relatório ICJBrasil-1º semestre/2017**. São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, 2017.

fontes válidas que emanam o direito, ainda assim dentro das razões de julgar podem ser debatidos e impostos valores estranhos ao que se reconhece próprio do campo jurídico.

Neste dizer o direito que perpassa por argumentos não jurídicos é que emerge a zona cinzenta que confunde a conceituação entre a responsabilidade jurídica e a responsabilidade política. Assim, ainda que inegável a necessidade de persecução penal frente à desconfiança quanto ao cometimento de um delito, nas situações em que o discurso jurídico-criminal é produto de interesses estratégicos políticos surge o apagamento de um tipo de responsabilidade pela outra e consequentemente uma controvérsia democrática.

Nas palavras de Nathália Zampieri, ainda que as duas responsabilidades não devessem se confundir por partirem de pressupostos diferentes, a ingerência de uma pela outra ocasiona entrave ao bom desenvolvimento da responsabilidade, especialmente a política:

Para considerar um sujeito político responsável politicamente, o fator relevante é o seu comportamento político de acordo com as atribuições e tomada de decisões inerentes ao cargo. Para a responsabilidade política, caso avaliada puramente, o delito eventualmente alegado não deveria ser relevante. Mas quando há o elemento da alegação delitual, os argumentos se invertem e a autonomia da responsabilidade política impede que a controvérsia política se resolva exclusivamente em termos políticos. Portanto, a distinção entre ambas responsabilidades somente seria possível se um discurso penal não entrar na cena do debate político.⁷⁷

Destarte, Díez-Picazo⁷⁸ chama atenção para o fato de que a utilização desarrazoada da responsabilidade jurídico-penal ou uma utilização movida por fins políticos pode acarretar a falta de operatividade da responsabilidade política. Fato que possui consequências graves para a democracia, posto que a política, principalmente em modelos representativos de governo, representa, ou deveria representar, a expressão máxima da vontade do povo.

Ela, quando inutilizada ou subjugada pela recorrente interferência penal sem motivação jurídica válida cria uma lacuna de poder que será preenchida por algum setor sem a mesma legitimidade, devido ao fato de não existirem outros representantes eleitos diretamente pelo povo que não os representantes do poder legislativo e o chefe e vice do poder executivo.

Assim, quanto mais atada a prática política pelo receio da responsabilidade criminal menos haverá ações legítimas por parte dos representantes democraticamente eleitos, por receio do

⁷⁷ Zampieri, *op. cit.*, p. 375

⁷⁸ Díez-Picazo *apud* Zampieri, 2014, p. 376

controle casuístico e pouco seguro do direito e, por conseguinte, se terá cada vez menos uma esfera política efetiva e uma democracia forte e participativa.

Avançando no tema, outra evidência da substituição da responsabilidade política pela penal está na conveniência com que surge a acusação de delito cometido pela figura governante. Assim como no *Lawfare* clássico se acredita que a utilização de processos sobre direitos humanos é apenas instrumento para barrar o poder bélico do adversário, na política, a acusação de ação delituosa, ou, mais ainda, a pressão que esta acusação gera, seria instrumento para retirar o poder político daquele que correntemente o exerce. Mecanismo que seria, inclusive, menos trabalhoso que o enfrentamento político em si.

Acerca desta demonstração de supressão de uma pela outra, os ensinamento de Nathália Zampieri ainda, afirmam que a pressão por órgãos públicos ou pelo próprio povo para que o político deixe o cargo afeta negativamente sua carreira e, nesse contexto, é muito mais fácil acusar o político de uma transgressão criminal à confrontar politicamente as más práticas passíveis de punição. Em palavras próprias:

Neste sentido, ocorre criminalização da política, sob o ponto de vista da oposição política, na medida em que é mais fácil apontar o cometimento de um ilícito para remover do poder aquele sujeito considerado mau político'.
É muito mais fácil encontrar um motivo jurídico-penal e valer-se da mídia para incitar uma possível demissão, do que argumentar defeitos na governação que justifique causas geradoras de destituição do poder, caso elas realmente existam.⁷⁹

E continuando o raciocínio afirma a autora que se constata na história uma evolução da responsabilidade jurídico-penal para a responsabilidade política partir da prática democrática constante, porém o que aparentemente se instaura hoje no Brasil é um movimento no sentido contrário, tendo em vista o aproveitamento da responsabilidade penal pela política.

É possível exemplificar o avanço da persecução penal sobre atos especificamente políticos no caso do Inquérito 4.347, que teve denúncia rejeitada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal. O Ministério Público Federal denunciou conjuntamente o Senador da República Romero Jucá e o empresário Jorge Gerdau Johannpeter por corrupção ativa e passiva, bem como lavagem de dinheiro, contudo o STF decidiu por unanimidade que não havia indícios suficiente que assegurem o efetivo recebimento de vantagem indevida em razão das discussões realizadas em torno da edição da MP 627/2013, realizada entre os dois agentes.

⁷⁹ ZAMPIERI, 2014, p. 376

Em outras palavras, o Supremo entendeu normal as tratativas que envolviam a sugestão de redação de uma emenda a um agente político que pretende representar os interesses dele demandados, considerando ainda que o registro de doações da empresa ao diretório nacional ou estadual não sustenta, sem outro indício, o nexo de causalidade do ciclo de vantagem indevida. Em seu voto relator Min. Edson Fachin afirmou:

Entendo que nada há de concreto a evidenciar que as negociações em torno dessa medida provisória resultaram em efetiva promessa e no recebimento de vantagem indevida, afigurando situação diversa daquela ínsita ao processo dialético que é ordinariamente ligada ao campo político.⁸⁰

Por outro lado, é fácil notar que a criminalização da política permite que o tráfego de influência também flua no sentido contrário, politizando a justiça. Os agentes judiciários ao manipular o direito com base em estratégias políticas transformam-se consequentemente em atores políticos e se tornam parte do momento político em que atuam e definem.

Desta maneira, ao contrário do que parece, não se trata da persecução judicial de delitos cometidos por políticos, mas sim do abandono do caráter jurisdicional dos atores judicial que ao atuarem conforme julgamento político, abandonam o critério da legalidade que deveria governar o direito e adotam o critério da oportunidade para seus argumentos.⁸¹

Segundo Kirchheimer⁸², recebendo o consentimento dos tribunais ditos jurídicos a justiça política consegue o apoio técnico e supostamente válido para confirmar sua atuação e reforçar o enfraquecimento dos opositores políticos. Portanto, com o deslocamento do conflito político para o âmbito jurídico, faz-se necessário buscar comportamentos que possam configurar fatos típicos, acusar, pressionar o judiciário para uma atuação moral e esperar que estes elementos forneçam o necessário para uma decisão judicial, aparentemente de embasamento e rigor jurídico, que prestem aos interesses políticos que a ensejaram.

Neste mesmo sentido Fabiano Engelmann analisa o protagonismo judicial que permeia o caso brasileiro e atenta para o fato de que o problema não reside no "combate a corrupção" em si, ou na accountability⁸³ brasileira que vem se intensificando na última década⁸⁴, mas sim na

⁸⁰ A íntegra do voto do ministro relator pode ser acessado em: <https://www.conjur.com.br/dl/juca-gerdau.pdf>

⁸¹ *Ibidem*, p. 377-78

⁸² KIRCHHEIMER *apud* ZAMPIERI, 2014, p. 377

⁸³ Segundo Luis Felipe Miguel, *Accountability* é uma palavra inglesa que na literatura da ciência política designa a prestação de contas que o representante deve fazer de seus atos. Juntamente a autorização para representatividade, configura importante instrumento de legitimação e manutenção do vínculo entre governantes e governados. (2003, p. 131)

instrumentalização do discurso contra a corrupção e no tipo de Estado de Direito que se desenvolve a partir dela. Assim, concretizando uma "cruzada simbólica contra a política" evidencia-se uma "versão punitiva de Estado de Direito que inclui a criminalização crescente da atividade política com custos altos especialmente para o sistema representativo".⁸⁵

Engelmann, fazendo coro aos críticos já mencionados, cita como exemplos desse fenômeno da politização da justiça os métodos de ativismo judicial anticorrupção que interferem de forma sancionadora no processo sem que este tenha chegado ao fim, tais como conduções coercitivas, prisões preventivas e o mecanismo da delação premiada. Estes mecanismos, segundo o autor, impõem-se como métodos para obtenção de prova sobre os supostos atos de corrupção e são executados à mercê das garantias individuais dos acusados.⁸⁶

Além destes procedimentos dentro do processo, Fabiano Engelmann também denuncia o vazamento seletivo de partes de inquéritos e processos judiciais para a grande mídia, fornecendo os elementos que montam uma conjuntura instável de corrupção generalizada, a qual afeta diretamente a imagem do sistema jurídico e o regime democrático.

Por sua vez, Habacuque Wellington Sodré ao tratar do ativismo judicial politicamente guiado introduz oportunamente o pensamento de Celso Fernandes Campilongo, o qual afirma:

A expressão “politização da magistratura” vem sempre associada a uma dessas três cargas negativas: partidarismo, ilegalidade e “suplenza”. Evidentemente, não se pode admitir nenhuma dessas nódoas no sistema Judiciário. Partidarizar a jurisdição, submetendo-a à vontade de um grupo político ou ao próprio “partido dos juízes”, representaria um solapamento do pré-requisito essencial da jurisdição democrática: a imparcialidade. De outra parte, uma magistratura que obedece à praça, à opinião pública ou à sua própria vontade — e não a lei — seria a negação do Constitucionalismo. Por fim, substituir o político pelo juiz seria corromper a forma de operação e reprodução do sistema jurídico e político das sociedades complexas, reduzindo drasticamente o espaço da democracia.⁸⁷

Assim, vê-se que a atuação lado a lado do direito e da política, ainda que por princípios diversos, pode ocorrer quando encontrado um caminho comum nos dois campos. Contudo, este caminho em comum, como nos casos de perseguições penais por delitos cometidos por agentes políticos, precisa ser cuidadosamente delimitado.

⁸⁴ Araújo e Sanchez, 2005; Pereira, 2005; Filgueiras & Aranha, 2011; Praça, 2011 e Praça & Taylor, 2014 *apud* Engelmann, 2016,

⁸⁵ ENGELMANN, *op. cit.*, p. 12

⁸⁶ *Ibidem*, p. 12

⁸⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes, 2002 *apud* SODRÉ, Habacuque Wellington. **A politização do Poder Judiciário como fator de ativismo judicial: conceituação e casos**. Belo Horizonte: Fórum Administrativo – FA, 2011.

Caso contrário, é de presumir que a confusão da política com o direito represente o apagamento da atuação política ou o enfraquecimento dos seus próprios mecanismos de responsabilização e regulação, ruindo com a representação democrática pela criminalização de atos e propostas políticas e a instabilidade do sistema político, que por sua vez desencadeiam uma série de crises nos outros campos sociais.

Para além do efeito político, esta confusão pode afetar de forma muito mais drástica o campo jurídico, visto que o englobamento do direito pela política representa um ataque à base fundamental da integridade do direito, a crença na sua aplicação imparcial.

Contra toda esta catástrofe democrática que se instaura decorrente da politização do direito ou da criminalização da política é que se preza pela força normativa do direito, lastreada especialmente na garantia da sua imparcialidade de julgamento. Por toda essa comoção que assombra a política brasileira hoje que o foro por prerrogativa de função se torna um instituto extensamente discutido e repensado, já que se apresenta como uma garantia a proteger o regime contra a possibilidade do *lawfare* e suas consequências.

3.3 A crença no rigor e na imparcialidade da atuação jurídica como óbice à confusão entre política e direito

A qualificação de uma atuação jurisdicional como adequada perpassa não só seus atributos técnicos, mas principalmente seu arcabouço axiológico. Nesse sentido, é possível dizer que, ao contrário de outras profissões, nas quais a dimensão ética agrega valor ao serviço prestado, na magistratura, e na entrega da prestação jurisdicional como um todo, a ética é necessariamente parte componente do serviço prestado.

É pacífico na doutrina que a resolução de uma lide se dará por meio de um indivíduo, estranho ao problema, que não se afetará por ele ou pelas qualidades das partes envolvidas, ou seja, um terceiro imparcial. Dessa forma, a imparcialidade do julgador é condição necessária para a justa aplicação do direito, ainda que ela possa ser entendida de muitas formas.

Nesta linha, Bruno Amaro Lacerda, associa a noção de imparcialidade aos valores da justiça, da igualdade e da verdade. Citando pensadores como Otfried Höffe, aponta que a igualdade só poderá ser plenamente atingida se a magistrada não levar em consideração as particularidades das

peças envolvidas, não importando quaisquer condições pessoais, visto que todos são iguais perante a lei.⁸⁸

Tratando-se da Justiça, aponta Lacerda que os ensinamentos de Sérgio Cotta remetem à imparcialidade como uma garantia de ordem processual necessária à persecução da justiça, enquanto ressalta nas palavras de Michelle Taruffo que a imparcialidade é característica intrínseca à investigação da verdade, no que diz respeito à análise de provas e à busca pelo processo justo.⁸⁹

Contudo, ao contrário da visão tradicional do direito que exige da juíza uma postura ausente de vontade política própria, sabe-se que para além da sua função profissional esta agente pública é uma pessoa integrante da sociedade como qualquer outra, que possui crenças e uma formação política pessoal, fatores que necessariamente influenciam e fundam sua capacidade de julgamento.

Não se busca reviver neste ponto a controvérsia do direito enquanto superestrutura posta pela teoria crítica do direito, visto que já foram determinadas diferenças entre o campo político e jurídico neste trabalho, mas é necessário enxergar que, conquanto direito não se confunda com política (ou não deva) é de se reconhecer que o ideal positivista de neutralidade plena na aplicação objetiva da lei também é um objetivo irreal e inalcançável.

Dito isso, é necessário ter em mente que a atuação imparcial da magistratura não há de se caracterizar pela passividade quanto ao resultado da aplicação do direito, pelo contrário, rege a atividade jurisdicional também a busca da melhor solução possível para cada caso concreto, de acordo com a generalidade das leis. Em outras palavras, o veredicto de cada caso não pode ser indiferente às suas repercussões na ordem prática, ainda que este deva ser alcançado por uma análise fria e distante do problema.

Em seu célebre artigo sobre a judicialização, o ativismo judicial e a legitimidade democrática, Luis Roberto Barroso em 2008 já chamava atenção para duas formas da atuação jurisdicional moderna que representam essa postura ativa da magistratura na vida institucional brasileira, especialmente no que tange ao Supremo Tribunal Federal.

Segundo o jurista, por alguns motivos tais quais a redemocratização, a constitucionalização abrangente da atual Carta Magna e o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, o âmbito decisório de questões relevantes passou a ser considerado àquele dominado pelos órgãos judiciários. Em suas palavras:

⁸⁸ LACERDA, Bruno Amaro. **A imparcialidade do juiz**. Brasília: Revista de Doutrina e Jurisprudência, 52, 2016. p. 24

⁸⁹ *Ibidem*, p. 24-25

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral.⁹⁰

Insta ressaltar que a judicialização, nestes termos, não decorre de posição política, filosófica ou ideológica; como dito, o autor entende que este fato se deu por uma série de razões que aumentaram o leque sob o qual o judiciário deveria versar, quando provocado segundo todos os critérios formais exigidos. É apenas o resultado do modelo constitucional adotado para o país.

Por outro lado, Barroso indica a existência de uma conduta parecida com a verificada na judicialização que mais intensamente interfere na esfera dos outros dois poderes, o ativismo judicial. Define que "[...] o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance."⁹¹

O ativismo judicial, como é de se imaginar, se instaura em momentos de retração do Poder Legislativo⁹², como quando da criminalização da política, por exemplo, ou por crise de representação da sociedade civil pela classe eleita, sem prejuízo de outro fator que inviabilize o atendimento efetivo das demandas sociais. Nesse cenário, o poder judiciário se expande para suprir omissões, muitas vezes inovando na ordem jurídica.

Não obstante a tomada de poder que o ativismo judicial representa na dinâmica institucional dos poderes, o atual ministro do STF resgatava à época uma faceta positiva desta postura: o atendimento dos anseios populares sobre demandas caras da vida social. Representa-o ainda como uma forma de contornar o processo político majoritário quando este se mostra insuficiente, potencializando a concretização dos preceitos constitucionais de forma proativa e expansiva.⁹³

São nitidamente perceptíveis os problemas de uma atuação ativista do judiciário, como a falta de legitimidade dos seus agentes que não foram democraticamente eleitos, a falta de capacidade institucional para visualizar os efeitos sistêmicos da decisão e, principalmente, a politização da justiça. Contudo, ao analisar cada uma dessas objeções, o autor suscita argumentos tais quais o caráter contra-majoritário do sistema judiciário, a obrigatoriedade da atuação jurídica se

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/eadcnj/pluginfile.php/136607/mod_resource/content/2/BARROSO%20Lu%C3%ADs%20Roberto.%20Judicializa%C3%A7%C3%A3o%20ativismo%20judicial%20e%20legitimidade%20democr%C3%A1tica%20281%29.pdf acessado em 23 fev. 2018.

⁹¹ *Ibidem*, p. 6.

⁹² *Ibid.*, p. 6.

⁹³ *Ibid.*, p. 17.

ater à Constituição e a deferência do magistrado em relação à instituição que tenha maior compatibilidade com a decisão suscitada.

O único problema para o qual não há completa segurança quanto a utilização do ativismo judicial é relativo à politização da justiça e nos termos do próprio autor:

Os riscos da politização da justiça, sobretudo da justiça constitucional, não podem ser totalmente eliminados. A Constituição é, precisamente, o documento que transforma o poder constituinte em poder constituído, isto é, Política em Direito. Essa interface entre dois mundos dá à interpretação constitucional uma inexorável dimensão política.⁹⁴

Contudo, mesmo reconhecido o aspecto político que permeia a função jurisdicional ativista, de certa forma, Barroso ainda reserva à decisão jurídica sua validade, visto que esta é necessariamente submetida à racionalidade, à objetividade e à motivação exigidas pela dogmática jurídica e aos princípios de interpretação e precedentes.

Ademais, rechaça a concepção de uma motivação política por detrás do discurso jurídico afirmando categoricamente que nenhuma decisão judicial haverá de ser política, tendo em vista a impossibilidade de discricionariedade plena de sua fundamentação.

Seguindo este raciocínio, é possível afirmar que para Luís Roberto Barroso uma das linhas divisórias entre direito e política, entre responsabilidade jurídica e política e ainda o fator que impede a politização do direito é a sujeição da decisão judicial à argumentação racional empregada no obrigatório cumprimento do dever de motivação. Ou seja, basicamente no discurso jurídico e seu embasamento legal.

Embora seja preciso reconhecer que à primeira vista o rigor jurídico de motivação e argumentação representa entrave às motivações escusas da política, é preciso verificar se esta condição é qualidade suficiente para garantir que não haja decisão judicial servindo a fins estrategicamente políticos, ou ainda, que os critérios objetivos do direito são suficientes para garantir imparcialidade à instância julgadora frente a questões de cunho essencialmente político.

Para avaliar tal questão, acredita-se que não há instância melhor a ser analisada que não a mais alta corte do país. Assim, adiante tratar-se-á da motivação jurídica do Supremo Tribunal Federal frente a grandes casos nacionais envolvendo persecução criminal de agentes políticos.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 18.

3.4 A postura do Supremo Tribunal Federal no julgamento de escândalos político-criminais

Como já patentemente reforçado neste trabalho, é frequente que o Poder Judiciário seja chamado a atuar em questões que extrapolam o âmbito de decisão do direito. Considere-se tal situação resultado de uma política de constitucionalização ampla no processo de redemocratização ou um movimento no sentido de se sobrepor aos outros poderes, fato é que órgãos jurídicos cada vez mais decidem institucionalmente o rumo do país.

O principal expoente deste movimento, em importância e visibilidade, é sem dúvidas o Supremo Tribunal Federal e dentro do universo de casos julgados no STF que possuem o condão de definir as estruturas e caminhos nacionais estão os que tratam de agentes políticos, atos de corrupção e sua capacidade de governabilidade, visto que são estes grandes escândalos que abalam a estabilidade política nacional e impactam outros grandes setores sociais, como a macroeconomia, por exemplo.

Nessa linha, a tese apresentada pela Dra. Larissa Maria Melo Ambrozio de Assis para obtenção do grau de Doutora em Direito na Universidade de Brasília buscou analisar, dentre outros questionamentos, se as decisões do STF apresentam razões de decidir estranhas ao Direito, mesmo que não explicitamente descritas nas motivações dos votos, além de verificar se tais decisões se dão com base em análise adequada ao caso concreto e a possibilidade de governança do país ou se o Supremo julga de forma casuística.

Primeiramente em relação à análise que se pretende agora destrinchar, cumpre salientar que foram analisados dois casos emblemáticos quanto à interferência do Poder Judiciário no Governo Federal: *Collorgate*, o grande escândalo envolvendo o *impeachment* do ex-presidente Fernando Collor de Mello e práticas de corrupção, além da APN 470, popularmente conhecida como Mensalão.

Já de pronto a autora torna evidente que 1) a Alta Corte veicula e fundamenta suas decisões na linguagem jurídica, mas nem sempre as razões de decidir residem na questão jurídica desenvolvida, e que 2) seria preciso investigar quais eram estas razões extra-jurídicas que movimentam o Supremo a decidir da forma que faz dentro de cada caso específico.⁹⁵

No que tange aos casos propostos foram analisados especificamente a forma como o STF leva em consideração as condições de governança e governabilidade dos representantes políticos,

⁹⁵ ASSIS, Larissa Maria Melo Ambrozio de. **Corrupção, governança e governabilidade: um estudo dos julgamentos do Collorgate e do mensalão no Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Universidade de Brasília, 2017.p. 16

para além de construir um discurso argumentativo quanto à persecução penal dos acusados que preencha os requisitos jurídicos de validade e legitimação, considerando ainda o conflito que existe na esforço de harmonização dessas duas atividades.

Dito isso, quanto a última parte, em relação ao exercício de harmonização do discurso jurídico com a prática política, não é surpreendente dizer que por conta de tal atividade são geradas incongruências difíceis de serem explicadas. É preciso entender que o discurso do direito realmente possui limitações adversas à prática pessoal de troca da política e forçar o encaixe de uma área na outra é forçar o surgimento de rupturas lógicas.

Dessa forma, é reconhecido pela autora que os argumentos centrados na retórica jurídica de construção do direito não poderão legitimar a pessoalidade que permeia a política, portanto o direito não configura um instrumento utilizado ao sabor da política, sem encontrar qualquer barreira⁹⁶.

Contudo, ainda que as razões de decidir elencadas empreguem argumentos exclusivamente legais para construir o julgamento dos acusados, enumerando motivos exclusivamente jurídicos, como a alegação de ausência de provas quanto às relações pessoais dos acusados, ele ainda assim serve para descartar o discurso da pessoalidade política de forma indireta.

Assim, sobre o posicionamento colhido quanto ao conteúdo das argumentações contidas nos dois precedentes vê-se, nas palavras da autora, que quando da influência recíproca de direito e política, ambas precisaram ceder em suas bases de operacionalização:

Nesses precedentes, o direito não se colocou como simplesmente maleável e capaz de ser transformado em qualquer forma de discurso pretendido. Pelo contrário, os limites da linguagem jurídica trouxeram certas barreiras e acabaram por forçar a política a traçar novas formas de relacionar-se devido a essas limitações. Por causa disso, o Supremo teve que considerar, também, a estabilidade política, fato que pode gerar uma sensação – ao menos – de incoerência jurídica.⁹⁷

Portanto, é perceptível que no cenário de atuação conjunta da política com o direito, se existe a necessidade de o direito controlar os limites da política, há possibilidade do rompimento do direito para abertura de espaços casuísticos que o uso da argumentação jurídica pela força política gera.⁹⁸

Importa salientar ainda que tais casuísmos são os frutos da inserção da análise quanto a governabilidade e governança dos agentes políticos envolvidos nas razões jurídicas, fatores externos

⁹⁶ *Ibidem*, p. 206.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 21

⁹⁸ *Ibid.*, p. 207.

aos conteúdo jurídico mas que permeiam todo andamento dos processos, permitindo identificar nesta ruptura a correlação do critério de oportunidade característico da política na construção do Direito.

Converge com a análise trazida por Larissa Maria Assis as visões compartilhadas por uma série de veículos e plataformas comunicacionais. Ainda que sem o rigor acadêmico, algumas opiniões, como a já citada coluna de Lênio Streck, entre outras, refletem o sentimento geral de inconsistência frente a forma de atuação do poder Judiciário e do Supremo Tribunal Federal nos grandes casos de corrupção na política.

Em meio a tantas críticas sobressai a opinião manifestada pelo professor da Universidade de São Paulo, Conrado Hübner Mendes, doutor em Direito e Ciência Política, para o qual "o argumento constitucional do Supremo já não vale o quanto pesa e tornou-se embrulho opaco para as escolhas da ocasião"⁹⁹.

Ainda que verse não apenas sobre casos de cunho político, as duras críticas realizadas por Conrado dirigem-se à imprevisibilidade com que o Supremo decide seus casos e à falta de segurança jurídica gerada pela jurisprudência inconsistente da Corte. Ademais, aponta também o papel atuante do tribunal como partícipe na trama política nacional, dado seu "desarranjo procedimental" e despreparo para atuar como árbitro equidistante aplicador do direito.

Para além da instável linha decisória já retratada do Supremo, também pesam contra a crença na sua imparcialidade algumas avaliações de outros atores sociais, tais quais magistrados de primeira e segunda instância e a própria população em geral.

Com relação ao primeiro grupo, é de se observar que mais reticentes que a própria população em relação à atuação do Supremo, estão aqueles que à ela são vinculados e subordinados, ou seja, os juízes e desembargadores.¹⁰⁰ Evidentemente que a crítica deste grupo precisa ser avaliada com certa cautela, como ressalta Luciano da Ros, tendo em vista as concepções corporativistas que permeiam a base do corpo jurídico, porém, não deixa de haver relevância técnica quando abordada a opinião em relação à qualidade de julgamento do STF.

Quanto a ela, a crítica verificada coaduna com a posição que vem se manifestando no presente trabalho, visto que:

⁹⁹ MENDES, CONRADO HÜBNER . **Na prática, ministros do STF agriem a democracia, escreve professor da USP.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

¹⁰⁰ DA ROS, Luciano. **"Difícil Hierarquia: a avaliação do Supremo Tribunal Federal pelos magistrados da base do Poder Judiciário no Brasil"** In: Direito GV, n. 9 (1), 2013, p. 48

Em todas essas e em diversas outras ocasiões, as críticas direcionadas ao STF seriam de que o tribunal não teria decidido com base em critérios jurídicos estritos, mas sim teria desenvolvido uma jurisprudência no mínimo questionável de acordo com a visão de muitos juristas e magistrados.¹⁰¹

Empiricamente analisados, dados colhidos em *surveys* permitem ver a baixa credibilidade da independência do Supremo em relação ao Poder Executivo, ao Congresso Nacional e às forças econômicas privadas, que receberam média de nota 4,7 na avaliação dos magistrados, em uma escala de 0 a 10.¹⁰² Além da descrença na imparcialidade da Alta Corte que em comparação com as outras instituições judiciárias recebeu o maior número de avaliações "ruim/muito ruim" neste quesito.

Há diversos fatores a se considerar quanto à tais avaliações, principalmente a reserva que os magistrados apresentam acerca da forma de investidura dos Ministros do Supremo no cargo, considerada menos rigorosa do que aquela vivida pelos magistrados de carreira.

Outra crença reforçada na opinião partilhada por parte dos juízes e desembargadores, que em parte decorre da primeira, é a de que a forma de decidir utilizada pelo STF extrapola a mera interpretação legal para se basear em critérios extrajurídicos.¹⁰³

Já em relação a avaliação geral da confiança no Supremo no último ano, o Índice de Confiança na Justiça no Brasil - ICJ Brasil- realizado anualmente pela Fundação Getúlio Vargas, em seu relatório de 2017, apresenta que 24% da população demonstra confiança na atuação do Supremo, ou seja, menos de um quarto da população avalia o mais alto tribunal do país como confiável ou muito confiável.

Diante de tudo exposto, há de se reconhecer que não é um bom momento para a imagem do Supremo Tribunal Federal, especialmente no que tange a sua imparcialidade e independência frente à outras instituições democráticas. Em relação aos conflitos políticos, o cenário piora e, quando investigado à fundo, as opiniões e impressões majoritárias se confirmam, posto que as razões de decidir, ainda que na mais alta corte estão sujeitas à critérios casuísticos extrajurídicos que muito se aproximam da oportunidade e se afastam da legalidade.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 59

¹⁰² *Idem*, 2013, p. 50

¹⁰³ *Idem*, 2013, pp. 56-57

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando tudo exposto, é inegável que o tema suscita diversas indagações que permanecem sem resposta visto que, devido a sua extensão, apenas uma pesquisa empírica por todo território nacional poderia dirimir qualquer dúvida quanto ao funcionamento concreto da justiça criminal no Brasil em suas diversas instâncias.

Entretanto, ainda que não se possa categoricamente confirmar todas as pressuposições levantadas ao longo do trabalho, importantes especulações foram apuradas e confrontadas com diferentes considerações que permitem ao menos reconsiderar a obviedade de algumas certezas.

Dessa forma, conquanto o debate permaneça ainda em um plano altamente teórico, é possível ao se tratar o foro privilegiado enquanto segurança pra um julgamento imparcial de autoridades nacionais, afastado de influências políticas, questionar a validade deste argumento, especialmente quando se fala do Supremo Tribunal Federal.

Ainda que não haja, como bem lembrado pelos Ministros e Ministras do STF, uma pesquisa eficiente em comparar a entrega jurisdicional da primeira instância criminal com a atuação do Supremo Tribunal, acredita-se que a verificação de uma atuação extrajurídica da Alta Corte, como percebido no estudo trazido pela eminente Dra. Larissa Maria, já elimina a base de sustentação imparcial do foro por prerrogativa de função.

Portanto, a crescente inserção do *lawfare* no cenário brasileiro, tanto nos casos em que supostamente aparece na primeira instância, como no processo de condenação do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva ou do ex-governador Anthony Garotinho, ou ainda no STF, como nos casos desenvolvidos ao longo da Operação Lava Jato, não encontra no direito brasileiro algum entrave para realmente impedir sua disseminação.

Infelizmente, o paradigma que se tem em vista não é dos mais otimistas, uma vez que a intersecção entre direito e política apenas aumenta, haja vista o volume de casos que se apresentam ao Poder Judiciário, sem que haja o contraponto que realmente represente um entrave a fusão das duas macro áreas e suas consequências.

Com a maior estima aos magistrados do Supremo Tribunal, acredita-se que a decisão proclamada no julgamento da Questão de Ordem na Apn 937 não leva em consideração a função primordial da prerrogativa constitucional, por se embasar em análise consequencialista de sua

funcionalidade, desprezando o que se tinha pela jurisprudência da casa em termos de principiologia e, por isso, não resolverá o problema do avanço da política sobre o direito, pelo contrário.

A restrição da suposta proteção de julgamento a agentes políticos aos processos criminais instaurados por delitos cometidos no exercício do mandato e em razão da função desafoga o tribunal de ações penais que exigem muita dedicação, mas não garante a entrega efetiva da justiça para o país ou para os acusados pois, como já averiguado, não há provas de que a primeira instância vá diligenciar melhor tais processos ou que a porcentagem de prescrição vá melhorar.

Ademais, a decisão tomada se mantém sem sentido uma vez que os julgamentos que permanecerem no tribunal, que supostamente continuariam nesta condição para seja cumprido o princípio republicano e a persecução da verdade real seja plenamente executada afim de alcançarmos a justiça, são permeados por uma *ratio decidendi* que não se restringe ao direito ou propicia segurança jurídica.

Considerando o panorama geral, é preciso reconhecer que remanescem vários níveis de questões entrelaçadas. O presente estudo, de início, reconheceu a complexidade da proposta de pesquisa, especialmente quando se parte da tentativa de compreensão da aplicação do direito, abordando sua linguagem de manifestação a partir de visões de mundo que transcendem a simples compreensão das normas.

Nada obstante, na atual conjuntura é necessário uma análise que repense a lógica construída por e para uma parcela da população que está a parte da maioria. Em meios que concentram mais poder e riqueza que o restante do povo também se concentram crenças, pensamentos e mecanismos que por estarem muito autorreferenciados em sua virtude técnica, perdem o sentido.

Assim, considerando o processo decisório complexo de uma apreciação penal de agentes políticos de poder, apesar da boa intenção de se manter um forte sistema de freios e contrapesos por força jurídica, é incontestável que a neutralidade julgadora restará comprometida, mesmo em nível nacional.

A transferência de poder que ocorre a partir da judicialização por si só representa uma parcela política, que embora restrita pela necessidade de perfazer a lógica de fundamentação jurídica aceitável, quando influenciada pelos combustíveis certos, pode atingir níveis que ultrapassem a simples agência criminal para servir a projetos de controle político externos ao alcance do direito.

Não há pretensão de se determinar no presente trabalho qual seria o principal remédio ou a instituição capaz de por limite ao *lawfare* e a possibilidade de haver uma justiça política, posto que tal tarefa talvez seja dilema que jamais encontrará solução, contudo acredita-se que aproximar as instâncias e instituições tão superiores da prática cotidiana do direito, quiçá de uma estrutura jurídica "achada na rua" permitiria a elaboração da lógica jurídica mais simples e concreta, permitindo que os e as agentes da justiça atuem sem a criação de subterfúgios técnicos que servem casuisticamente a um fim, perdendo sentido de aplicação em outro caso.

Importante frisar que simplificar as estruturas de acordo com práticas menos elaboradas não se confunde com procurar entender e, principalmente, responder os anseios da opinião pública. Contudo, diluir o endeusamento e a visão caricata de atores públicos para compreendê-los como servidores públicos atuantes em áreas fundamentais da república, mas a serviço da população parece um bom começo para alterar estruturas tão arraigadas e caricatas sobre as formas rígidas de poder.

Nesse sentido, Douglas Zaidan:

Admitir que juízes também levam em conta sua própria condição ao julgar, agindo como parte integrante da sociedade, com suas qualidades e defeitos, pode ser um ponto de partida mais interessante para observar as relações entre judiciário e legislativo. Essa, inclusive, é uma perspectiva que reduz os efeitos do desequilíbrio provocado ao se naturalizar uma visão caricatural de que temos um guardião da constituição, de um lado, e um balcão de negócios onde impera o interesse próprio, de outro.¹⁰⁴

Por tudo exposto, crê-se que o sistema jurídico brasileiro precisa urgentemente remodelar sua forma de atuação na seara criminal, prezando por mais segurança na aplicação do direito e na diligência processual, simplificando os meios de atuação para que não haja brechas que se preencham outro tipo de poder que não aquele provindo das fontes do direito.

Uma vez que reconhecendo as característica serviços das autoridades políticas e jurídicas que devem prestar serventia ao povo brasileiro e não se posicionar como entidade capaz de definir os rumos do país a partir do seu poder, é que se verá a mudança de postura nas engrenagens democráticas, sem que seja necessário recorrer ao Poder Judiciário para definir questões sociais.

¹⁰⁴ Z Aidan De Carvalho, Alexandre DouglA. **Última Palavra Ou Primeira Incompreensão? Notas sobre imparcialidade judicial partir de um Julgado do STF.** Ano 2, nº 14, 2013.

Ademais, o fortalecimento dos mecanismos de responsabilidade política desde a base da interação social, desde os menores ciclos nas comunidades locais, para ambientar a população com a prática política, aliado ao senso crítico crescente por parte da educação e disseminação da cultura também são elementos cruciais na mudança de postura necessária para renovação política e jurídica atualmente tão desanimadora.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, nº. 13, Madrid, p. 17-32, 2009.

BORLIDO HADDAD, Carlos Henrique. A Dimensão Do Foro Privilegiado. **Revista dos Tribunais**, vol. 924/2012, p. 393 - 413, Out 2012.

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASIL. Decreto Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 jun. 2018.

BRASIL. Lei 9.296, de 24 de julho de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 07 jun. 2017.

BRASIL. Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1079.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

BRASIL. lei nº 13.502, de 1º de novembro de 2017. nov. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13502.htm> Acesso em: 23 mar. 2018

BRASIL. Lei nº 8.719, de 19 de outubro de 1993. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8719.htm> acesso em: mar. 2018

COM 85% de participação, Google é o buscador mais usado no Brasil: Pesquisa coloca Bing em 2º lugar entre os buscadores usados no país. Yahoo é o buscador com maior taxa de sucesso nas buscas.. **G1**, [S.l.], 16 jul. 2013. tecnologia e games, p. 1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2013/07/com-85-de-participacao-google-e-o-buscador-mais-usado-no-brasil.html>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

DA ROS, Luciano. Dificil hierarquia: a avaliação do supremo tribunal federal pelos magistrados da base do poder judiciário no Brasil. **Revista Direito Gv**, São Paulo: nº 9(1), p. 47-64, jan-jun 2013.

DE FAZIO, César Cipriano. Panorama sobre o ativismo judicial e a judicialização da política no Direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**: RT, v. 103, n. 939, jan. 2014.

DUNLAP JR., Charles J., Lawfare in: NORTON MOORE, John; TURNER, Robert F. (orgs.). **National Security Law**. Durham: Carolina Academic Press, 2015, p. 823-838.

DUNLAP, JR., Charles J. Lawfare Today: A Perspective, *Yale Journal of International Affairs*, Winter, p. 146-154, 2008.

ENGELMANN, F. Julgar a política, condenar a democracia? Justiça e crise no Brasil. In: *Conjuntura Austral*. Porto Alegre, V.7, n.37, p.09-16, ago./set. 2016.

FALCÃO, Joaquim [et al.]. **V Relatório Supremo em Números : o foro privilegiado** - Rio de Janeiro : Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2017.

FLICK, U. **Introdução à pesquisa qualitativa**. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2009.

HON, James Ogoola, *Lawfare: Where Justice Meets Peace*, **Case Western Reserve Journal of International Law**, vol. 43, n. 1, p. 181-188, 2010.

HORTON, Scott. *The Dangers of Lawfare*, **Case Western Reserve Journal of International Law**, vol. 43, n. 1, p. 163-179, 2010.

LACERDA, Bruno Amaro. A Imparcialidade do Juiz. **Revista de Doutrina e Jurisprudência**. Brasília. 108 (1), p. 23-36, jul - dez 2016.

Leia a íntegra da decisão que transformou Lula e Odebrecht em réus: O ex-presidente, o empresário e mais nove pessoas são acusados de envolvimento em fraudes em contratos do BNDES para favorecer a empreiteira.. 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/docs/leia-integra-da-decisao-que-transformou-lula-e-odebrecht-em-reus-13102016>>. Acesso em: 25 out. 2017.

LUBAN, David. *Carl Schmitt and the Critique of Lawfare*. **Case Western Reserve Journal of International Law**, vol.43, n. 1, p. 457-471, 2010.

Lula é réu pela 7ª vez: Justiça Federal do DF aceita denúncia na Zelotes contra o ex-presidente por venda de MP. 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/lula-e-reu-pela-7a-vez-19092017>>. Acesso em: 25 out. 2017.

MALAN, Diogo. Competência Penal Ratione Functionae do STF. Brazilian Supreme Court's ratione functionae criminal jurisdiction. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 106/2014, p. 113 - 135, Jan - Mar 2014.

MELO AMBROZIO DE ASSIS, Larissa Maria. **Corrupção, governança e governabilidade: um estudo dos julgamentos do Collorgate e do Mensalão no Supremo Tribunal Federal**. 2017. 224f. Tese (Doutorado em Constituição e Democracia) Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília.

MIGUEL, Luis Felipe. Representação Política em 3-D: elementos para uma teoria ampliada da representação política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol.18, nº 51, p. 123-140, 2003.

PRADO, Geraldo. Entre a imparcialidade e os poderes de instrução no caso Lava Jato: para além da iniciativa probatória do juiz. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 24, vol. 122, p. 135-169, ago. 2016.

RAMOS, Luciana de Oliveira et al. **Relatório ICJBrasil-1º semestre/2017**. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, 2017.

SCHARF, Michael P.; PAGANO, Shannon. *Foreward: Lawfare! Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 43, n. 1, p. 1-10, 2010.

SEMER, Marcelo. A síndrome dos Desiguais. São Paulo: **Boletim da Associação dos Juizes para a Democracia**, 2002, p. 11-12.

SODRÉ, Habacuque Wellington. A politização do Poder Judiciário como fator de ativismo judicial: conceituação e casos. **Fórum Administrativo - FA**, Belo Horizonte, ano 11, n. 128, out. 2011.

SOUZA, Jessé. **A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato** - Rio de Janeiro: Leya, 2017.

STEPHENS, Dale. The Age of Lawfare. **International Law Studies**, vol. 87, n. 15, p. 327-357, 2011.

STF. RECLAMAÇÃO: Rcl 473/GB, Relator: Ministro Vitor Nunes Leal. DJU 08/06/1962.

STRECK, Lênio Luiz. Ainda podemos indagar por quê ou até isso é obstrução da justiça?. **Conjur - Consultor Jurídico**, [S.l.], 12 out. 2017. Senso Incomum. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-12/senso-incomum-ainda-podemos-indagar-ou-isso-obstrucao-justica#sdfootnote1sym>>. Acesso em: 25 out. 2017.

TIEFENBRUN, Susan W. *Semiotic Definition of Lawfare*. **Case Western Reserve Journal of International Law**, vol. 43, n. 1, pg.29-60, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando. Da Competência pela Prerrogativa de Função. **Revista dos Tribunais**, vol. 809/2003, p. 397 - 410, Mar 2003. **Doutrinas Essenciais Processo Penal**, vol. 1, p. 1321 - 1340, Jun 2012.

VENTURA, M. M. O estudo de caso como modalidade de pesquisa. **Rev. SOCERJ**, p. 383-386. set./out. 2007.

WERNER, Wouter G., *The Curious Career of Lawfare*, **Case Western Reserve Journal of International Law**, vol. 43, n. 1, p. 61-72, 2010.

YIN, R. K. **Estudo de caso. Planejamento e métodos**. 5 ed. Porto Alegre: Bookman Editora LTDA, 2015.

ZAIDAN DE CARVALHO, Alexandre Dougla. Última Palavra Ou Primeira Incompreensão? Notas sobre imparcialidade judicial partir de um Julgado do STF. Ano 2, nº 14, pg. 8, 2013.

ZAMPIERI, Natália. Criminalização da Política e Politização da Justiça. **Revista do Programa de Pós-graduação de Direito da Universidade Federal do Ceará**, Fortaleza: UFC, 2014.

ZANIN MARTINS, Cristiano; TEIXEIRA, Roberto. **Delegado diz que perdeu "timing" para prender Lula e defesa alega perseguição**: Advogados do ex-presidente dizem que se trata de "lawfare". 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI251864,91041-Delegado+diz+que+perdeu+timing+para+prender+Lula+e+defesa+alega>>. Acesso em: 16 jan. 2017.